

# La interpretación de los contratos con el consumidor: elementos para la contextualización de la problemática (Primera parte)

JAVIER M. RODRÍGUEZ OLMOS\*

SUMARIO: I. Introducción: sobre la cuestión de la elección del consumidor. II. Presupuesto y mecanismos para la garantía de la autodeterminación del consumidor. 2.1. Garantía de la competencia como presupuesto. 2.2. Mecanismos que buscan compensar el menoscabo de la libertad de decisión del consumidor. a) Modelo basado en la información. b) Neoformalismo. c) Derechos legales de retractación. d) Intervención directa en el contenido del contrato. 2.3. *Excursus*. Algunos ejemplos de mecanismos de compensación en el nuevo Estatuto colombiano del Consumidor. III. El derecho común de los contratos y el significado del derecho (contractual) del consumidor. 3.1. Un cambio de perspectiva. 3.2. El derecho (contractual) del consumidor y la materialización del derecho contractual. IV. Conclusiones de la primera parte: el "ambiente" para la garantía de la libertad de decisión (real) del consumidor y su influencia en la interpretación del contrato. Reenvío.

RESUMEN: El presente escrito tiene como finalidad describir el escenario en el cual se busca asegurar la libertad de decisión del consumidor en el ámbito contractual. Existen diferentes planos a partir de los cuales los ordenamientos jurídicos han implementado medidas que buscan compensar los problemas que presentan tanto el funcionamiento del mercado como las nuevas técnicas de contratación que menoscaban fuertemente la libertad contractual del consumidor. El buen funcionamiento de la competencia como

\* Investigador y profesor del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente es doctorando en la misma Universidad. Contacto: [javier.rodriguez@uexternado.edu.co]. Fecha de recepción: 1.º de marzo 2013. Fecha de aceptación: 8 de abril 2013.

presupuesto para la autodeterminación del consumidor; diversos mecanismos como los deberes de información, las nuevas exigencias de forma, los derechos legales de retractación y los instrumentos de intervención directa en el contenido del contrato, son, todos, factores que concurren para evitar que el consumidor termine vinculado a un contrato que no refleje en lo más mínimo sus intereses. Estos factores son luego analizados a la luz de la discusión respecto de la interacción entre el derecho común de los contratos y el significado del derecho del consumidor, ofreciendo elementos relativos al cambio de perspectiva que dicha interacción ha conllevado, para concluir finalmente con un análisis sobre la materialización del derecho contractual a la que el derecho del consumidor ha fuertemente contribuido. Esta contextualización se considera necesaria, como marco para comprender la particular fisonomía de la interpretación de los contratos con el consumidor, tema que se desarrollará en un escrito posterior.

**PALABRAS CLAVE:** contratos con el consumidor, autodeterminación del consumidor, información, neoformalismo, retractación, control del contenido del contrato, nuevo Estatuto del Consumidor (Colombia), materialización del derecho contractual.

*Interpretation of Consumer Contracts: Fundamental Elements for the Contextualization of the Issue (Part I)*

**ABSTRACT:** The following paper aims to describe the context in which consumer contractual freedom of choice intends to be ensured. There exist various levels in which legal experiences have implemented measures, seeking to offset the problems arising from the functioning of the market, as well as from the new contracting techniques, that seriously undermine contractual freedom. Functioning competition as precondition for consumer self-determination; various mechanisms, e.g., information duties, neoformalism, withdrawal rights and intervention against unfair contract terms, are all factors involved in the task of avoiding consumer to be bound to a contract not taking in account any of his expectations. These factors are then analyzed within the debate regarding the interaction between general contract law and consumer law, by offering elements to outline the change of perspective driven by this interaction, in order to conclude with an analysis about the materialization of contract law, to which consumer law has contributed. This contextualization is deemed necessary as framework to understand the particular character of the interpretation of consumer contracts, issue to be developed in a future paper.

**KEYWORDS:** Consumer contracts, consumer self-determination, information duties, neoformalism, withdrawal rights, unfair contract terms, Consumer Protection Act (Colombia), materialization of contract law.

## I. INTRODUCCIÓN: SOBRE LA CUESTIÓN DE LA ELECCIÓN DEL CONSUMIDOR

“Vivimos en una sociedad en la que la elección tiene un papel protagónico. Es una ideología central y una institución fundamental”. Con esta afirmación el sociólogo

M. CLARKE, en una reciente obra<sup>1</sup>, pone de relieve un aspecto vital de la sociedad del consumo en la actualidad. Con el paso de una sociedad de productores a una sociedad de consumidores la elección se elevó a elemento distintivo del funcionamiento de las estructuras sociales, políticas y económicas<sup>2</sup>. El fenómeno de la industrialización facilitó el paso de una sociedad de producción en masa a una de consumo en masa y, con esta, a una economía dirigida más por deseos que por necesidades<sup>3</sup>. En este nuevo contexto, el consumo deja de ser una simple característica y actividad de los seres humanos para convertirse en *consumismo* como atributo de la sociedad en la que "es necesario que la capacidad totalmente individual de querer, desear, [...] sea separada ('alienada') de los individuos y reconvertida/cosificada como fuerza extraña que pone en movimiento la '*sociedad de los consumidores*'"<sup>4</sup>. El desplazamiento desde una escasez crónica hacia una economía de la abundancia, el desarrollo exponencial del conocimiento y del acceso al mismo gracias a la ciencia y a la tecnología, y la tendencia a reconocer una sociedad cada vez "más libre"<sup>5</sup>, desembocan en un escenario altamente complejo dentro del cual el consumidor debe ejercer su elección<sup>6</sup>. Si a esto se añade que en la sociedad

<sup>1</sup> Se trata de su libro *Challenging Choices: Ideology, Consumerism and Policy*. The Policy Press-U. de Bistol, Bristol, 2010 (la cita se toma de la p. 2). Sobre el paso de una sociedad de la producción a una sociedad del consumo y sus consecuencias, ver, además de la obra citada, por ejemplo, JEAN BAUDRILLARD, *La sociedad de consumo: Sus mitos, sus estructuras*, trad. Esp. A. Bixio, Madrid, Siglo XXI, (1970), 2007, así como los escritos de ZYGMUNT BAUMAN, "The self in a consumer Society", en *The Hedgehog Review*, 1999, p. 35 y ss.; "Consuming life", en *Journal of consumer culture*, marzo, 1, 1, 2001, p. 9 y ss., y *Consuming Life*, Polity Press, Cambridge, 2007.

<sup>2</sup> "La libertad individual parece definirse en términos de *libertad de elección entre varios objetos* para consumir, que se ejerce de forma indiferente, tanto respecto de los roles laborales como de los bienes expuestos en un supermercado": PIETRO BARCELLONA, *Diritto senza società: dal disincanto alla indifferenza*, Bari, Dedalo, 2003, 104.

<sup>3</sup> "En una sociedad de consumidores auténtica, el individualismo se extiende al grado extremo, y la elección se transforma continuamente en hedonismo: el 'deseo' es menos estructurado socialmente y más personal": CLARKE, ob. cit., 64; en un sentido similar BARCELLONA, *Diritto senza società*, cit., 144, quien advierte que se "deja al individuo privado de cualidades a la contingencia del deseo ilimitado de posesión y del narcisismo sin objeto. El deseo a la deriva es la otra cara del proceso de mercificación". Para BAUDRILLARD, ob. cit., 85, "el sistema industrial, una vez hubo socializado a las masas como fuerza de trabajo, debía avanzar aún más para consumirse y socializarlas (es decir, controlarlas) como fuerzas de consumo".

<sup>4</sup> BAUMAN, ob. cit., 28.

<sup>5</sup> CLARKE, ob. cit., 38 señala cómo las sociedades contemporáneas que reconocen la elección como elemento central tienen características a las que se corresponden valores asociados: "las características clave son ciencia, industrialismo, capitalismo, democracia, sus herederos la democracia social y el heredero de esta última, el consumo en masa. Los valores asociados son conocimiento, libertad, elección, individualismo, competencia, tolerancia y progreso". Sobre la impresión de una sociedad "más libre" gracias a una intensificación del individualismo que conduce a una "de-socialización del individuo y [a] la asunción de la libertad singular como 'medida universal' de cualquier evento", BARCELLONA, *Diritto senza società*, cit., 125 y ss.

<sup>6</sup> Sobre la "complejidad" como "palabra clave" de la época actual, ver BARCELLONA, *Diritto senza società*, cit., 130 y ss.

del consumo se difumina la barrera entre objeto-producto y sujeto-consumidor, hasta el punto en el que el sujeto-consumidor se convierte también en producto, la cuestión de la elección del consumidor, lejos de ser una conquista, pasa a ser un verdadero problema<sup>7</sup>.

En el ámbito contractual, el problema de la elección se encuentra estrechamente ligado al de la voluntad<sup>8</sup>. En las relaciones contractuales de consumo se encuentran dos partes en posiciones evidentemente diversas que implican un desequilibrio estructural en la relación: por una lado, el empresario, comerciante, productor o prestador de bienes y servicios, quien en virtud del ejercicio de su actividad profesional está en capacidad de hacer un análisis global y racional de la relación costo-beneficio, sirviéndose normalmente de un contenido contractual predispuesto; por el otro, el consumidor, para quien, en vista del volumen y el monto de las transacciones que realiza –por lo regular, por medio de contenidos estandarizados– resulta completamente irracional y desmesurado hacer un cálculo teniendo en cuenta todos los aspectos posibles más allá del precio y de ciertos factores relacionados con la prestación principal que contrata<sup>9</sup>. A esto se suma que una decisión plenamente consciente, reflexionada, racional de celebrar un determinado contrato se dificulta aun más debido a la demostrada influencia de la publicidad, los mecanismos de distribución y el efecto de atracción de las marcas, con técnicas de persuasión cada vez más refinadas y con mecanismos que en apariencia permiten al consumidor escapar del obstáculo de la escasez de sus recursos<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Advierte BAUMAN, *Consuming Life*, cit., 15, que “la ‘subjetividad’ de los consumidores está hecha de elecciones de consumo, elecciones tanto del sujeto como de potenciales compradores del sujeto en cuestión: su descripción se parece a una lista de supermercado. Lo que supuestamente es la *materialización* de la verdad interior del yo no es otra cosa que una *idealización* de las huellas materiales –cosificadas– de sus elecciones a la hora de consumir”. Sobre la libertad de elección como expresión de la libertad positiva en el sentido kantiano, JAN SCHAPP, *Derecho civil y filosofía del Derecho*, trad. L. Villar Borda, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, 23 y ss.

<sup>8</sup> Sobre la libertad contractual como ejercicio de la libertad de elección, *ibíd.*, 51 y 73.

<sup>9</sup> HANNES RÖSLER, “Verbraucher und Verbraucherschutz”, en JÜRGEN BASEDOW/KLAUS HOPT/REINHARD ZIMMERMANN, *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, t. II, Tubinga, Mohr Siebeck, 2009, 1599; CLAUS-WILHELM CANARIS, “Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner ‚Materialisierung‘”, en *AcP*, 200, 2000, 323.

<sup>10</sup> HANNES RÖSLER, *Europäisches Konsumentenvertragsrecht*, Múnich, C.H. Beck, 2004, 19 y ss. El autor condensa algunos de los resultados que han arrojado las investigaciones sobre comportamiento y consumo: decisiones de adquirir productos y servicios en donde predomina un control cognitivo muy reducido (el 40-50% de las compras no son planeadas y el 20-30% son decisiones meramente impulsivas); direccionamiento del comportamiento mediante medidas publicitarias que incluyen entrevistas personales con el cliente, empaques, vitrinas y disposición de los locales, estrategias publicitarias en los medios masivos de comunicación; y finalmente, el *crédito* como mecanismo para eliminar el obstáculo de los recursos financieros limitados. Sobre el crédito como elemento central en el *adiestramiento* para el consumo ver BAUDRILLARD, *ob. cit.*, 84.

En estas circunstancias el comportamiento racional del consumidor y la correspondencia perfecta entre los intereses de este último y las reacciones del mercado no pasan de ser un modelo ideal, un mito. Por el contrario, la realidad presenta un proceso de decisión compuesto por un entramado de factores que determinan el comportamiento del consumidor, pudiéndose afirmar que su voluntad se caracteriza por su heteronomía al no ser completamente neutra ni libre<sup>11</sup>. Entonces, ¿cómo reconocer y reconstruir el acto de disposición de intereses del consumidor?

Este interrogante llama en causa el tema de la interpretación del contrato que juega un papel fundamental en la relación entre el acto de autonomía privada y el ordenamiento jurídico que lo recoge. Como bien ha sido señalado, en materia de interpretación de los contratos con el consumidor parece estarse ante una pérdida de importancia de la intención de las partes, en vista de que "los actos de intercambio que se llevan a cabo por medio de esos contratos se articulan en su mera y tácita objetividad de comportamientos, depurados de todo residuo volitivo"<sup>12</sup>, al mismo tiempo que parecería vislumbrarse un desplazamiento hacia el terreno del control del contenido del contrato y de mecanismos como los deberes de información y los derechos de retractación que buscan asegurar la efectiva autodeterminación del consumidor<sup>13</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico, la jurisprudencia en principio ha mantenido vigentes las reglas de interpretación clásicas contenidas en el Código Civil, incluyendo el canon de la intención de los contratantes<sup>14</sup> también en relación con los contratos de adhesión y contratos con condiciones generales, si bien en tiempos recientes ha afirmado que "la importancia de los tradicionales criterios hermenéuticos de índole subjetiva [...], en cuanto están enderezados a descubrir

<sup>11</sup> NICOLE CHARDIN, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, París, LGDJ, 1988, 34.

<sup>12</sup> CLAUDIO SCOGNAMIGLIO, "Contratos de empresa y voluntad de los contratantes", en *Revista de Derecho Privado* 15, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, 28.

<sup>13</sup> *Ibíd.*, 29.

<sup>14</sup> Así, entre otras, C.S.J., SCC., 15 de diciembre de 1970, CXXXVI, 183 y ss. ("es claro que si la adhesión de una parte a la voluntad de la otra basta para formar el contrato, todas las cláusulas del mismo se deben tener como queridas y aceptadas por el adherente"); C.S.J., SCC., 29 de agosto de 1980, CLXVI, 117 y ss. ("cuando las estipulaciones que trae la póliza son claras, terminantes y precisas [...] tienen que aceptarse tal como aparecen, puesto que son el fiel reflejo de la voluntad de los contratantes"); C.S.J., SCC., 27 de octubre de 1993 ("Los jueces tienen amplia facultad 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 sentido 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"); C.S.J., SCC., 1.º de agosto de 2002 ("Otra regla más, resaltada a menudo por su aplicación a veces exagerada en materia de contratos de adhesión, es la que contiene el artículo 1624 del Código Civil, regla meramente subsidiaria que sólo debe aplicarse en la medida en que hayan fracasado los esfuerzos de interpretación realizados con base en las demás reglas contenidas en los artículos 1619 a 1623 del Código Civil"). Para una visión general de la fisonomía que adopta la interpretación en la jurisprudencia, ver, recientemente, C.S.J., SCC., 7 de febrero de 2008, exp. 2001 06915.

la común intención de los contratantes, se atenúa y se desdibuja, cabalmente, porque no tendría sentido indagar por ese querer mutuo a sabiendas de que el contenido del contrato refleja predominantemente la voluntad del empresario<sup>15</sup>. Al mismo tiempo, se ha intensificado la intervención del juez, amparándose en los principios de la buena fe y la prohibición de abusar de los propios derechos<sup>16</sup>.

Por su parte, en el nuevo Estatuto del Consumidor aprobado en Colombia en 2011, y que entró en vigor hace pocos meses<sup>17</sup>, al lado de una disposición sobre la interpretación del contrato en sentido estricto (art. 34 sobre "interpretación favorable"), se incluyeron una serie de disposiciones en materia de deberes de información, derechos de retractación, forma de las condiciones generales (y de los contratos de adhesión)<sup>18</sup> y en materia de cláusulas abusivas<sup>19</sup>, entre otros.

El presente escrito se encamina a presentar de manera global los principales elementos para contextualizar la problemática de la garantía de la autodeterminación (contractual) del consumidor, como paso previo y necesario para un correcto encuadramiento de la cuestión de la interpretación del contrato del consumidor en sentido estricto, tema que se desarrollará en un escrito posterior.

Por lo tanto, el discurso se estructurará de la siguiente manera. En primer lugar se analizarán el presupuesto y los mecanismos para la garantía de la autodeterminación del consumidor (II), presupuesto representado en la garantía de la competencia (2.1), y en los mecanismos que buscan compensar el menoscabo de la libertad de decisión del consumidor (2.2), como son los deberes de información, el denominado neoformalismo, los derechos de retractación y la intervención directa en el contenido contractual. A continuación se ofrecerán algunos ejemplos de los mecanismos apenas expuestos a la luz del nuevo estatuto del consumidor en Colombia, junto con algunas observaciones puntuales respecto de su regulación (2.3). En segundo lugar, se introducirán algunos elementos para el análisis de las relaciones entre el derecho común de los contratos y el derecho contractual del consumidor (III), para lo cual se hará una sintética exposición del cambio de paradigma contractual dentro del cual se encuadra el nacimiento y desarrollo de la problemática del consumidor (3.1), y se finalizará con un análisis de las manifestaciones de la materialización del derecho contractual como resultado de ese proceso (3.2).

No está de más advertir que cada uno de los elementos contextuales reunidos en el desarrollo del escrito ameritaría un análisis autónomo, que no puede ser llevado

<sup>15</sup> CSJ., SCC., 4 de noviembre de 2009, exp. 11001 3103 024 1998 4175 01.

<sup>16</sup> Sobre esta evolución en la jurisprudencia colombiana es imprescindible la obra de ERNESTO RENGIFO, *Del abuso del derecho al abuso de posición dominante*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

<sup>17</sup> Ley 1480 del 12 de octubre de 2011, "por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones", en vigencia desde el 12 de abril de 2012.

<sup>18</sup> Art. 37.

<sup>19</sup> Cap. III, arts. 42 a 44.

a cabo en esta sede, en cuanto el análisis se limita a ofrecer un marco general en el sentido y con la finalidad ya indicada.

## II. PRESUPUESTOS Y MECANISMOS PARA LA GARANTÍA DE LA AUTODETERMINACIÓN DEL CONSUMIDOR

### 2.1. Garantía de la competencia como presupuesto

Entre libertad contractual y libre competencia existe una estrecha conexión; una y otra se condicionan mutuamente. Así como la competencia solo se concibe cuando las relaciones de mercado se fundamentan en la autodeterminación de los actores, esta última solo es posible cuando la libre competencia permite la participación de oferentes ampliando de esta manera las posibilidades de elección para el consumidor<sup>20</sup>. En este sentido, se considera que el mercado es un importante instrumento para la neutralización del poder de los sujetos más fuertes<sup>21</sup>. En un escenario ideal, para una efectiva protección del consumidor no resulta decisiva la posibilidad o no de negociar individualmente el contenido de su contrato sino la existencia de un sistema de competencia efectiva<sup>22</sup>. ¿Acaso no hace parte de la autodeterminación económica de los ciudadanos el celebrar un contrato a sabiendas de que lo hacen bajo condiciones que les son desconocidas?<sup>23</sup>.

En las economías de mercado, fundadas en la oferta y la demanda, el ordenamiento jurídico vela por que no existan factores perturbadores tales como los monopolios, los carteles o acuerdos horizontales, en la búsqueda de un equilibrio económico y de "crear las condiciones necesarias para que la celebración de los contratos se realice en un régimen de libertad efectiva y no meramente formal"<sup>24</sup>. No existiendo anomalías de poder en el funcionamiento del mercado, en principio los clientes –sean o no consumidores– que demandan bienes y servicios deberían poder acudir ante el oferente que les brinde las mejores condiciones. El mercado mismo es el que compele a sus participantes a ofrecer condiciones óptimas, eliminando aquellas menos ventajosas para los clientes<sup>25</sup>. Esta perspectiva, sin embargo, resulta incompleta.

<sup>20</sup> JOSEF DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, Mohr Siebeck, Tübinga, 1998, 301. En palabras de FRITZ RITTNER, "Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb", en *AcP*, 188, 1988, 107, entre el contrato y la competencia existe una "relación ontológica".

<sup>21</sup> CANARIS, "Wandlungen des Schuldvertragsrechts", cit., 293; WERNER FLUME, *El negocio jurídico*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998 (1992), 34.

<sup>22</sup> SALVATORE PATTI, "Responsabilità precontrattuale e contratti standard: art. 1337-1342", en *Il Codice civile, commentario* dirigido por P. SCHLESSINGER, Milán, Giuffrè, 1993, 314.

<sup>23</sup> DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, cit., 334.

<sup>24</sup> LUDWIG RAISER, "La libertà contrattuale oggi", en *Id.*, *Il compito del diritto privato, (Die aufgabe des Privatrechts, 1977)*, Milán, Giuffrè, 1990. 64.

<sup>25</sup> RUSSELL KOROBKIN, "Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability", en *The University of Chicago Law Review*, Los Angeles, UCLA School of Law, 2003, 1219.

En la realidad existen circunstancias que conducen a fallas en el funcionamiento de la competencia y que perturban la posición del consumidor en el mercado. Ya se hizo mención a los refinados métodos de publicidad y de mercadeo que elevan el peligro de manipulación del consumidor, junto con la infinidad de ofertas y la complejidad de las prestaciones derivada de los desarrollos técnicos y tecnológicos<sup>26</sup>. A esto se suman situaciones contractuales en las que se incrementan los riesgos de un grave menoscabo de la libertad de decisión, siendo un caso paradigmático la denominada venta puerta a puerta y, en general, cualquier tipo de negocios en los que el profesional toma la iniciativa de concluir contratos fuera de su local comercial<sup>27</sup>.

Estas circunstancias se encuentran englobadas en la ya reconocida asimetría de la información como falla del mercado<sup>28</sup>. En relación con el consumidor, dicha asimetría deriva bien sea de la imposibilidad de acceso a la información misma, o bien por el costo del acceso a ella y, en especial, su (in)capacidad de procesamiento y comprensión (selectividad y/o distorsión de la realidad, limitación para procesar la información recibida, efectos negativos por *information overload*), con la tendencia a menospreciar las probabilidades de que se concreten ciertos riesgos, pues se hace énfasis en la formación y ejecución del contrato más que en su posible resolución<sup>29</sup>.

Este desequilibrio se hace más evidente en los contratos con condiciones generales o en los contratos de adhesión. En este caso, la anomalía se presenta cuando el contratante, además de no estar en capacidad de conocer el contenido del contrato o de determinar su verdadero alcance, tampoco está en condiciones

<sup>26</sup> RÖSLER, *Europäisches Konsumentenvertragsrecht*, cit., 27.

<sup>27</sup> Ejemplo en Colombia son los artículos 46 a 48 en materia de "ventas que utilizan métodos no tradicionales o a distancia" del nuevo Estatuto del Consumidor.

<sup>28</sup> Sobre la asimetría de información como causa de una falla del mercado, HEINZ KÖTZ, "Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle: Eine rechtsökonomische Skizze", en *Jus*, 2003, no. 3, 212, ofrece un caso ilustrativo (construido sobre el famoso ejemplo del "limón" elaborado por el premio Nobel George A. Akerlof): se parte del presupuesto de que en la plaza de San Marcos en la ciudad de Venecia se abren diez restaurantes que ofrecen sus menús solo a los turistas de paso, no a los habitantes del lugar. Los restauradores saben que los turistas probablemente no estarán en capacidad de valorar *ex ante* la calidad de la comida; también saben que aunque los turistas se decepcionen por la calidad de la comida consumida, al día siguiente estarán de vuelta a su país de origen y por lo tanto no tendrán oportunidad de "desquitarse" dirigiéndose a otro establecimiento. En estas circunstancias, se puede considerar que existe un fuerte estímulo para que los restauradores reduzcan la calidad de su oferta manteniendo los precios para aumentar sus ganancias. Tarde o temprano, esto también puede conducir a una falla del mercado, por ejemplo, si las agencias de viajes persuaden a sus clientes a no visitar un determinado restaurante por el peligro de un "fraude gastronómico", si les sugieren paquetes de almuerzo o ellos mismos lo ofrecen.

<sup>29</sup> RÖSLER, *Europäisches Konsumentenvertragsrecht*, cit., 28; HORST EIDENMÜLLER, "Der Homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderung durch Behavioral Law and Economics", en *JZ*, 2005, 218; MARTA CENINI, "La 'trattativa individuale' nei contratti con il consumatore: spieghazioni esaurienti o concreta influenza?", en *Rivista di diritto civile* 3, 2006, 1, 340.

de modificar dicho contenido que es impuesto unilateralmente<sup>30</sup>. Al menoscabo de la libertad contractual se suma entonces una falla en el funcionamiento del mercado que le impide a este último cumplir su función directiva, correctora y de neutralización de las diferentes posiciones de poder. Si un contratante *a priori* no tiene ninguna posibilidad de influir en el contenido de su contrato para incluir y garantizar sus intereses y, además de esto, no cuenta con ninguna alternativa real, o desconoce que exista una –al no estar en capacidad de dimensionar (y por ende de valorar comparativamente) las consecuencias de su contrato–, quien establece el contenido unilateralmente puede no esperar ninguna reacción negativa de su contraparte ante eventuales cláusulas desproporcionadas<sup>31</sup>. En la medida en que el consumidor al contratar centra su atención en el precio y en las prestaciones principales, dejando de lado la “calidad” de los demás aspectos regulados en el contrato<sup>32</sup>, se presenta una asimetría de información<sup>32</sup> con relación a la calidad de las cláusulas contractuales (en particular las que no están relacionadas con la prestación principal), con la consecuencia de que el “mercado de estas cláusulas contractuales” no estará protegido por el mecanismo de la competencia y el resultado será un desmejoramiento (*race to the bottom*) de la calidad de las mismas<sup>33</sup>.

En conclusión, la existencia de una competencia real como garantía del funcionamiento del mercado es una condición necesaria, pero en ningún caso suficiente, del correcto despliegue y ejercicio de la libertad contractual, debido a la imposibilidad de eliminar completamente ciertas fallas que conducen a anomalías en la autodeterminación del consumidor<sup>34</sup>. Así, se justifica la intervención del ordenamiento jurídico en aras de *compensar* el deterioro de la libertad del con-

<sup>30</sup> En este aspecto hace especial énfasis CANARIS, “Wandlungen des Schuldvertragsrechts”, cit., 323 y ss.

<sup>31</sup> LORENZ FASTRICH, *Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht*, C.H. Beck’sche ed., Munich, 1992, 81. RÖSLER, *Europäisches Konsumentenvertragsrecht*, cit., 28. La situación del consumidor en este caso evoca el fragmento del *Faust I* de J.W. GOETHE, en el que Mefistófeles convence a Fausto de “transferirle” condicionalmente su alma, exigiéndole por lo demás un contrato escrito afirmando que “cualquier pedazo de papel está bien” (*Faust e Urfaust*, vol. 1, Feltrinelli, 2004, Primera Parte, “Estudio (II)”, 85).

<sup>32</sup> CANARIS, “Wandlungen des Schuldvertragsrechts”, cit., 324. En otras palabras, la decisión, por regla general, es tomada centrandó la atención en la valoración de equivalencia de las prestaciones principales; así DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, cit., 340.

<sup>33</sup> KÖTZ, “Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle: Eine rechtsökonomische Skizze”, cit., 213.

<sup>34</sup> Paradigmática es la resolución del entonces CONSEJO DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA relativa a la “adopción de un programa preliminar de política de protección e información del consumidor” (14 de abril de 1975), mediante el cual se afirma que “el consumidor de otros tiempos, comprador generalmente aislado en un mercado local de escasas dimensiones, se ha transformado en elemento de un mercado de masas, es objeto de campañas publicitarias y de presiones por parte de los grupos de producción y distribución fuertemente organizados”; en esta medida “el consumidor ya no está en condiciones de desempeñar plenamente, como usuario de dicho mercado, su papel *de facto* de equilibrio”, un equilibrio entre abastecedores y consumidores que “ha tendido a romperse en provecho de los abastecedores debido a la evolución de las condiciones del mercado”.

sumidor de tomar una decisión libre y racional<sup>35</sup>, por lo que se plantea entonces una concurrencia de diferentes instrumentos: el mercado (cuyo funcionamiento se garantiza por medio del derecho de la competencia y las medidas que buscan evitar la competencia desleal), los deberes de información, el reconocimiento de derechos de retractación en algunas situaciones y la intervención directa en el contenido del contrato, bien sea a través de normas imperativas o mediante el control del contenido ejercido por vía administrativa o judicial<sup>36</sup>. Entre estos instrumentos, algunos se consideran de naturaleza procedimental, es decir, buscan garantizar un consentimiento más genuino en el contrato que se está celebrando, teniendo en cuentas las circunstancias especiales que lo rodean, mientras que otros son de naturaleza material, en cuanto analizan la cuestión de la fuerza vinculante de las cláusulas contractuales tomando como referencia directamente el contenido de las mismas y su carácter desequilibrado y abusivo<sup>37</sup>.

## 2.2 MECANISMOS QUE BUSCAN COMPENSAR EL MENOSCABO DE LA LIBERTAD DE DECISIÓN DEL CONSUMIDOR

De lo señalado hasta el momento resulta que en determinadas situaciones el consumidor no está en la capacidad de garantizar sus intereses al momento de celebrar un contrato; son las situaciones que han sido denominadas, de forma ilustrativa, de *fisiología social*, esto es, aquellas derivadas “de las condiciones objetivas del mercado, más exactamente, de algunas de las fallas del mercado ordinarias”, pues “la competencia perfecta existe únicamente en la teoría”, por lo que “el mercado está siempre expuesto (*i.e.* fisiológicamente) a fallas que requieren medidas de regulación”<sup>38</sup>. De allí que los diferentes ordenamientos jurídicos hayan implementado mecanismos de compensación de ciertas situaciones de desequilibrio. No es objeto del presente escrito profundizar en los diferentes problemas que

<sup>35</sup> REINHARD ZIMMERMANN, *The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 223.

<sup>36</sup> KARL RIESENHUBER, “Privatrechtsgesellschaft: Leistungsfähigkeit und Wirkkraft im deutschen und Europäischen Recht”, en ID. (ed.), *Privatrechtsgesellschaft*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2007, 8.

<sup>37</sup> THOMAS WILHELMSSON, “Standard Form Conditions”, en AA.VV., *Towards a European Civil Code*. 3.ª ed. Mijmegen, Ars Aequi Libri, 2004, 432 y s. De conformidad con RIESENHUBER, “Privatrechtsgesellschaft”, cit., 8, se deben preferir los mecanismos procedimentales a las consideraciones de intervención material, motivo por el cual considera que existe una jerarquía entre los diferentes instrumentos. La afirmación es acertada, en cuanto de ser posible la efectiva garantía de la autodeterminación del consumidor solamente por medio de los mecanismos procedimentales, no habría necesidad de recurrir a los materiales. Sin embargo, como se ha expuesto, y se retomará a continuación, ciertas fallas del mercado y ciertos menoscabos de la libertad contractual no se pueden eliminar solo mediante los mecanismos procedimentales.

<sup>38</sup> VINCENZO ROPPO, “Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho contractual europeo”, en *Revista de Derecho Privado*, 20, Universidad Externado de Colombia, 2011, 215.

despierta cada uno de estos mecanismos, por lo que solamente se delinearán sus características y su razón de ser con el fin de ofrecer el marco de la problemática.

Es posible reconocer dos modelos a los cuales recurre el derecho para esta compensación. Por una parte, existe un modelo basado en la información, por otra, un modelo basado en el control del contenido del contrato. Ambos tienen su propia razón de ser, sus virtudes y limitaciones, pero no son excluyentes, sino complementarios<sup>39</sup>.

a) El modelo basado en la información intenta poner al consumidor en una situación tal que conozca los derechos y obligaciones que se encuentran en juego al celebrar el contrato para, de este modo, poder valorarlo y velar por sus propios intereses<sup>40</sup>. En otras palabras, la imposición de deberes de información busca restablecer la igualdad entre el profesional y el consumidor, facilitándole a este último los medios para que comprenda los alcances de su decisión<sup>41</sup>, por lo que se configura como un mandato de transparencia. Es sin duda la forma de intervención menos intensa, pues no interfiere directamente con el principio *pacta sunt servanda*, constituyendo, por el contrario, un mecanismo para permitir su observancia<sup>42</sup>. El modelo basado

<sup>39</sup> ECKART GOTTSCHALK, "Das Transparenzgebot und allgemeine Geschäftsbedingungen", en *AcP*, 206, 2006, 555 y ss.

<sup>40</sup> Una reconstrucción histórica de los deberes de información que no constituirían "ni una novedad ni tampoco una carga excesiva" en MATHIAS SCHMOECKEL, "Grundlagen der Verbrauchergeschäfte", en *Historisch-kritischer Kommentar (HKK) zum BGB*, t. 1, Part. 1, 1623 y ss. Por lo demás, la tendencia a la intensificación de deberes de información no es un asunto exclusivo del derecho del consumidor, como se puede apreciar, por ejemplo, en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (arts. 4:103 I(a)(i); 4:106 y 4:107).

<sup>41</sup> CHARDIN, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, cit., 101; DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, cit. 453. A este respecto vale la pena citar una sentencia del Tribunal Constitucional alemán (BVERG, sentencia 558/91 del 16 de junio de 2002, disponible en [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20020626\\_1bvr055891.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20020626_1bvr055891.html) [consultado el 10 de enero de 2011]), quien, en una decisión que hace referencia a la actividad informativa por parte del Estado en el ámbito de la protección del consumidor, afirmó que "fundamento del funcionamiento de la competencia es una cantidad de información lo más alta posible para los actores del mercado en relación con factores relevantes del mismo. Solamente actores debidamente informados permiten una decisión sobre las condiciones de participación en el mercado, orientada a los propios intereses [...]. La disponibilidad de dicha información también contribuye indirectamente a la calidad y variedad de los productos ofrecidos en el mercado. Por ejemplo, si los consumidores carecen de informaciones determinantes para su decisión, no pueden valorar de forma suficiente si la oferta se adapta a sus necesidades. Un comportamiento informado del consumidor también repercute en quien suministra el bien o presta el servicio, quienes se podrán adaptar a las necesidades de los consumidores. De manera que las deficiencias en la disponibilidad de contenidos informativos relevantes para la toma de decisiones amenazan la fuerza de autodireccionamiento del mercado". Y en la medida en que reconoce que el mercado por sí mismo no siempre garantiza un determinado flujo de información, concluye que "favorece el funcionamiento del mercado cuando en dichas situaciones se impongan contrapesos por medio de informaciones adicionales, dado el caso también de origen estatal" (cursivas fuera de texto).

<sup>42</sup> ZIMMERMANN, *The New German Law of Obligations*, cit., 211. Sobre la preferencia de este modelo en la normatividad a nivel europeo, THOMAS WILHELMSSON, GERAINT HOWELLS, HANZ-W MICKLITZ, "European Consumer Law", en MAURO BUSSANI, FRANZ WERRO, *European*

en la información encuentran su fundamento, no solamente como un mecanismo de eliminación de una falla del mercado y de optimización del mismo, sino también como una expresión del principio de la buena fe, en cuanto concretización del deber de consideración y cooperación entre los contratantes<sup>43</sup>.

La principal crítica a la que se ha sometido este modelo radica en sus límites intrínsecos. Está demostrado que el consumidor no siempre cuenta con acceso a la información, además de tener una capacidad limitada para procesarla con el fin de tomar una decisión, por lo cual se considera una "reminiscencia iluminista" el pretender que con el suministro de información el consumidor esté en posición de comprender sus contratos<sup>44</sup>. Por lo demás, el consumidor tampoco lee el contenido que ha sido predispuesto, siendo consciente de que no podrá modificarlo<sup>45</sup>, a lo que se suma que si en verdad se quisiera informar al consumidor e instruirlo perfectamente sobre cada una de las cláusulas (incluyendo las consecuencias jurídicas de las mismas), sería necesario "un seminario de tres días", lo cual aumentaría sin duda los costos de transacción, así como también se podría dudar de la disponibilidad de los profesionales y consumidores para embarcarse en esa tarea<sup>46</sup>. De esta manera, la cuestión no sería garantizar un nivel máximo de información sino uno óptimo<sup>47</sup>.

b) Además de la imposición de deberes de información, el modelo basado en la información tiene un vínculo cercano con el establecimiento de nuevos requisitos de forma (denominado *neoformalismo*) como mecanismo de protección especial del consumidor, en particular cuando se trata de contratos celebrados

*Private Law: A Handbook*, vol. I, Berna, Stämpfli, 2009, 272, quien señala que la política del derecho basada en la información "significa que la regulación interfiere menos con el proceso de toma de decisión de los comerciantes, en cuando tienen mayor libertad para diseñar los productos como quieran y ofrecerlos en las condiciones que prefieran en la medida en que esta información sea comunicada al consumidor".

<sup>43</sup> RÖSLER, *Europäisches Konsumentenvertragsrecht*, cit., 157 y s.

<sup>44</sup> ZIMMERMANN, *The New German Law of Obligations*, cit., 211. Desde un punto de vista sociológico, MARÍA CRUZ LÓPEZ DE AYALA, "El análisis sociológico del consumo: una revisión histórica de sus desarrollos teóricos", en *Sociológica. Revista de pensamiento social*, La Coruña, Universidad de la Coruña, 2004, quien señala que en las sociedades postmodernas "el exceso de información, asociada a la configuración de una comunicación estilizada de signos, termina por saturar el sistema de relaciones sociales" (p. 164).

<sup>45</sup> MASSIMO BIANCA, *Il contratto*, t. III, 2.ª ed., Milán, Giuffrè, 2000, 370.

<sup>46</sup> CENINI, "La 'trattativa individuale' nei contratti con il consumatore", cit., 347, donde indica que "la ignorancia del consumidor en lo que se refiere a las condiciones del intercambio, así como a su incapacidad de celebrar contratos que reflejen su distribución ideal de riesgos, es un factor completamente fisiológico y no patológico".

<sup>47</sup> RÖSLER, *Europäisches Konsumentenvertragsrecht*, cit., 158. Al respecto MICHAEL MARTINEK, "Unsystematische Überregulierung und kontraintentionale Effekte im Europäischen Verbraucherschutzrecht oder: Weniger wäre mehr", en STEFAN GRÜNDMANN (ed.), *Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts - Gesellschafts- Arbeits- und Schuldvertragsrecht*, Tubinga, J.C.B. Mohr ed., 2000, 524, afirma que "los resultados socio-psicológicos de las investigaciones en materia de comportamiento de consumo confirman que un exceso de información conduce a un efecto inverso en la toma de decisión".

bajo condiciones generales o de contratos de adhesión<sup>48</sup>. Este "renacimiento del formalismo"<sup>49</sup> se manifiesta, por ejemplo, en exigencias de entrega de material informativo por escrito, la obligación de celebración del contrato por escrito, la obligación de entrega de copia escrita del contrato al consumidor, la manifestación expresa del consentimiento del consumidor, en determinados parámetros de redacción para evidenciar ciertas cláusulas que se consideran especialmente gravosas, en exigencias de claridad, entre otras<sup>50</sup>. Si bien estos nuevos requisitos de forma interfieren directamente con una de las manifestaciones de la libertad contractual —la libertad de forma—, en todo caso también buscan acercar la posición del consumidor a la del profesional con el que se contrata, llamando su atención sobre determinados aspectos que se consideran relevantes y, en general, asignando al documento contractual la tarea de informar al consumidor sobre el contenido de su contrato<sup>51</sup>. De esta manera, la forma en los contratos con el consumidor "se convierte en instrumento y vehículo de información"<sup>52</sup>. De allí que también en este caso sea válida la crítica ya mencionada sobre los límites intrínsecos del modelo basado en la información.

c) Otro instrumento de compensación que tiene vínculos con la imposición de deberes de información y de requisitos de forma, pero que goza de una autonomía en el derecho de los contratos con el consumidor, es el denominado *derecho de "retractación"*. Por medio de este instrumento se busca brindar un plazo de reflexión adicional luego del cual es posible resolver el contrato, en determinadas situaciones en las cuales se considera que se configura típicamente un peligro de que el consumidor sea "tomado por sorpresa"<sup>53</sup>. De allí que se pueda afirmar que los derechos de retractación, al igual que los deberes de información, tienen la finalidad de salvaguardar el proceso de toma de decisión racional del consumidor<sup>54</sup>. Las normas en materia de información y los derechos de retractación coinciden en que en

<sup>48</sup> El tema, desde una perspectiva histórica, es profundizado por MILAGROS KOTEICH, MARTHA L. NEME VILLARREAL Y ÉDGAR CORTÉS, "Formalismo negociado romano y neoformalismo ¿Fundamento del sistema o protección de la parte débil?", en *Revista de derecho privado* 9, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, 29 y ss.

<sup>49</sup> VINCENZO ROPPO, *Il contratto del duemila*, 2.ª ed., Turín, Giappichelli, 2005, 29 y s.

<sup>50</sup> Para una clasificación de las diferentes manifestaciones del 'neoformalismo', ver KOTEICH, NEME VILLARREAL Y CORTÉS, ob. cit., en particular 157 y ss. Sobre la evolución de neoformalismo en el derecho italiano, ELISA MORELATO, "Neoformalismo e trasparenza contrattuale", en *Contratto e impresa*, Padua, Cedam, 2005, 596 y ss.

<sup>51</sup> ENRICO GABRIELLI, "Sulla nozione di consumatore", en AA.VV., *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, t. III, Milán, Giuffrè, 2006, 257.

<sup>52</sup> BENEDETTA SIRGIOVANNI, "Interpretazione del contratto non negoziato con il consumatore", en *Rassegna di diritto civile*, Nápoles, ESI, 2006, 720, nt. 12.

<sup>53</sup> Así, ZIMMERMANN, *The New German Law of Obligations*, cit., 213.

<sup>54</sup> WILHELMSSON, HOWELLS, MICKLITZ, "European Consumer Law", cit., 273; CANARIS, "Wandlungen des Schuldvertragsrechts", cit., 345. Considera que el derecho de retracto puede ser interpretado en esencia como un "derecho de información", STEFAN GRUNDMANN, "Information, Party autonomy and Economic Agents in European Contract Law", en *Common Market Law Review* 39, Kluwer Law International, 2002, 276.

ambos casos se busca compensar las situaciones típicas de desequilibrio mediante una regulación centrada en el ambiente de celebración del negocio, evitando tener que intervenir directamente en el contenido del contrato<sup>55</sup>. Sin embargo, existe una diferencia esencial: los derechos de retractación inciden directamente en la observancia del principio del *pacta sunt servanda*, por lo que implica una interferencia más intensa en la libertad de los contratantes<sup>56</sup>. El consumidor puede ejercitar su derecho de retractación sin tener que dar ninguna justificación, hasta que se cumpla el plazo establecido para su ejercicio, permaneciendo el contrato en un estado de pendencia, por lo que es necesario delimitar con claridad las situaciones en las cuales exista un fundamento lo suficientemente fuerte para reconocer un derecho de retractación; lo contrario, esto es, un desbordamiento del uso de este instrumento, conduciría a "propagar un derecho general de arrepentimiento que dejaría prácticamente sin vigencia los principios de la fidelidad contractual y la autorresponsabilidad por la palabra dada"<sup>57</sup>.

Así, se ha reconocido un desequilibrio estructural que amerita el reconocimiento de un derecho de retractación en las ventas fuera de locales comerciales, en las que no puede funcionar el modelo basado en la información debido a la situación de sorpresa en la que se encuentra el consumidor; en las ventas a distancia, en las que la decisión definitiva sobre el contrato solamente se puede tomar cuando el objeto del contrato (bien o servicio) se encuentra efectivamente a disposición del consumidor; y en determinados tipos de contratos que, debido a su complejidad y al alcance del vínculo, justificarían la concesión de un tiempo ulterior de reflexión, como en los casos del crédito al consumo y los contratos que involucran sistemas de tiempo compartido<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> RÖSLER, *Europäisches Konsumentenvertragsrecht*, cit., 172.

<sup>56</sup> CANARIS, "Wandlungen des Schuldvertragsrechts", cit., 344; REINHARD ZIMMERMANN, *The New German Law of Obligations*, cit., 213.

<sup>57</sup> CLAUS-WILHELM CANARIS, ob. cit., 345.

<sup>58</sup> PASCAL PICHONNAZ, "La protection du consommateur en droit des contrats : le difficile équilibre entre cohérence du system contractuel et régime particulier", en AA.VV. *Droit de la consommation. Mélanges en l'honneur de Bernd Stauder*, Ginebra-Zúrich-Basilea, 2006, 330 y ss.; PETER BÜLOW, MARKUS ARTZ, *Verbraucherprivatrecht*, Heidelberg, C.F. Müller, 2008, 12. Estos son básicamente los casos en los que ha intervenido el legislador comunitario: Directiva 85/577/CE en materia de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (art. 5.º); Directiva 97/7/CE relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (art. 6); Directiva 2002/65/CE en materia de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores (art. 6); Directiva 2008/40/CE en materia de crédito al consumo (art. 14); Directiva 2008/122/CE sobre contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio (art. 6). Ahora en el PROYECTO DE MARCO COMÚN DE REFERENCIA EUROPEO (MCR) los casos particulares en los que se prevé un derecho de retracto se encuentran contemplados en los arts. II – 5:201 (contratos negociados fuera de locales comerciales) y 5:202 (contratos relativos al tiempo compartido). Para una crítica de una tendencia a la generalización en la que habría incurrido el MCR, diluyendo las razones justificativas de este instrumento en cada caso concreto, ver HORST EIDENMÜLLER, FLORIAN FAUST, HANS CHRISTOPH GRIGOLEIT, NILS JANSEN, GERHARD

Un último elemento de conexión entre los derechos de retractación y el modelo basado en la información al consumidor debe ser subrayado. Es posible encontrar en las regulaciones de origen europeo un condicionamiento de la duración del plazo para ejercer el derecho de retracto, dependiendo de si le ha sido informado al consumidor su derecho a desvincularse del contrato o, incluso, si no han sido suministradas otras informaciones consideradas relevantes. Así, en algunos casos parecería que de no informarse el derecho de retracto, su ejercicio sería viable hasta tanto no se verifique la información respectiva, mientras que en otros, el plazo para el ejercicio del derecho de retracto se ampliaría<sup>59</sup>.

En general, se ha reconocido que los derechos de retractación bien justificados en situaciones específicas pueden ser instrumentos apropiados para mejorar la posición del consumidor al momento de tomar la decisión de vincularse por medio de un contrato y, en comparación con otros mecanismos como aquellos que implican una intervención directa en el contenido, resultan ser menos invasivos y más eficientes<sup>60</sup>. Pero el instrumento del retracto no ha estado exento de críticas. El principal argumento se enfoca en su eficacia, pues se plantean dudas respecto al ejercicio efectivo de los derechos de retracto en la práctica<sup>61</sup>. En todo caso,

WAGNER, REINHARD ZIMMERMANN, "Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht: Wertungsfragen und Kodifikationsprobleme", en *Juristen Zeitung* 11, Tubinga, Mohr Siebeck, 2008, 45 y s.

<sup>59</sup> Con la expedición de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los derechos de los consumidores, se unifica, entre otras materias, la disciplina del derecho de desistimiento que se había reconocido en varias directivas anteriores (Directiva 85/577/CE en materia de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales; Directiva 97/7/CE relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia). En esta nueva directiva se fija el plazo para el desistimiento en 14 días (art. 9). Adicionalmente se aclaran las consecuencias que se derivan de la omisión de información por parte del comerciante del derecho de desistimiento, que amplía el período para su ejercicio a un máximo de 12 meses después de la expiración del período de desistimiento inicial, o en caso de que el comerciante informe tardíamente al consumidor de su derecho, el plazo de 14 días se contará a partir de la fecha en que se reciba la información correspondiente (art. 10).

Un estado de "pendencia indefinida" del contrato cuando no se ha informado debidamente al consumidor sobre su derecho de retracto parece desprenderse de la Directiva 2002/65/CE en materia de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores (art. 6). Por su parte, en Directiva 2008/122/CE sobre contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio (art. 6, no. 3 b), la falta de suministro de las informaciones indicadas en la misma directiva amplía el plazo de ejercicio del retracto hasta tres (3) meses. Al respecto ver WILHELMSSON, HOWELLS, MICKLITZ, "European Consumer Law", cit., 275. El proyecto de MCR en el art. II - 5:103 unifica el plazo para el ejercicio del derecho de retracto en 14 días que se cuentan a partir de la celebración del contrato, o a partir de que se "reciba la información adecuada en relación con el derecho de retracto", pudiendo ampliarse el plazo hasta un máximo de un año a partir de la celebración del contrato.

<sup>60</sup> CANARIS, "Wandlungen des Schuldvertragsrechts", cit., 345.

<sup>61</sup> Así, respecto de los derechos de retracto reconocidos en el ámbito europeo en los casos de crédito al consumo, ZIMMERMANN, *The New German Law of Obligations*, cit., 215, quien

ha sido oportunamente señalado que no se puede descartar el efecto preventivo que este tipo de instrumentos puede tener respecto del profesional, quien podría desistir de ofrecer contratos desventajosos. Por lo demás, la idea es poner a disposición del consumidor mecanismos para que, en caso de encontrarse en una de las situaciones típicas de desequilibrio estructural, pueda tener más posibilidad de autodeterminarse, independientemente de que en el caso concreto se haga uso o no del mecanismo<sup>62</sup>.

d) En fin, al lado de los mecanismos ya indicados que responden al modelo basado en la información, o que tienen un vínculo con este último, se encuentran los mecanismos que implican una *intervención directa en el contenido del contrato*. Los deberes de información, la imposición de requisitos de forma y el reconocimiento de derechos de retractación dejan al consumidor la decisión sobre la celebración de un determinado contrato con un determinado contenido, si bien predispuesto. En vista de que por medio de estos instrumentos no se logra eliminar definitivamente las anomalías derivadas de ciertas circunstancias de fisiología social, en determinados casos se limita *ex ante* la libertad de predisponer libremente el contenido del contrato, introduciendo normas que determinan un contenido del cual los contratantes no se pueden apartar (normas imperativas) o normas que pueden ser modificadas, siempre que ello no implique una desventaja para el contratante a favor del cual se introdujo dicha norma (normas semi-imperativas)<sup>63</sup>.

En otros casos, se corrige *ex post* dicho contenido contractual mediante un control sustancial de sus cláusulas. En particular, el control sustancial por parte del juez se reconoce en los contratos en los que se recurre a la técnica de la predisposición unilateral del contenido. Un esquema claro de este tipo de control sustancial ha sido decantado en el derecho alemán en materia de las denominadas "condiciones generales de contratación", tal y como se expone brevemente a continuación<sup>64</sup>.

señala que en este tipo de contratos (así como en los de tiempo compartido) es solamente mucho tiempo después que el consumidor comienza a darse cuenta de lo gravosas que resultan las obligaciones asumidas. Cfr. HORST EIDENMÜLLER, "Why Withdrawal Rights?", en *European Review of Contract Law*, 2011, 1 y ss.

<sup>62</sup> DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, cit., 486.

<sup>63</sup> Al respecto KARL LARENZ/MANFRED WOLFF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9.ª ed., C.H. Beck, Múnich, 2004, 70. Para una perspectiva que busca conciliar el recurso al derecho imperativo y la garantía de la libertad contractual, ver TILMAN REPGEN, *Kein Abschied von der Privatautonomie*, Ferdinand Schöningh, Paderborn, 2001, *passim*, en particular, 83 y ss., en donde se afirma que la imposición de contenido imperativo "no significa una pérdida de libertad contractual, pues esta presupone que ambas partes tengan efectivamente la posibilidad de autodeterminarse", en cuanto "la autonomía privada está sometida de entrada a límites inmanentes, no es un derecho absoluto de libertad, sino una libertad 'vinculada'", y "obviamente están en primer lugar los límites que se establecen por medio de la libertad de los demás".

<sup>64</sup> Sobre lo que sigue, en general, MICHAEL COESTER, "Allgemeine Geschäftsbedingungen", en *Eckpfeiler des Zivilrechts*, Sellier-de Gruyter, Berlín, 2008, 173 y ss.; MARKUS STOFFELS, *AGB-Recht*, C.H. Beck, Munich, 2003, 218 y ss.

En principio, cuando el juez se encuentra frente a un contrato sometido a condiciones generales, toma como referencia el régimen legal del tipo correspondiente y se verifica si las cláusulas que conforman el clausulado se apartan de la idea esencial de dicho régimen, es decir, se hace la valoración de la incompatibilidad de las cláusulas contenidas en las condiciones generales con el "modelo de justicia (sustancial)" del tipo legal o disciplina del tipo<sup>65</sup>.

Por el contrario, en caso de tratarse de un contrato que carece de disciplina legal, se debe entonces establecer cuál es la "naturaleza del contrato", naturaleza que ha sido entendida como "la organización intrínseca, inmanente del reglamento contractual"<sup>66</sup> y que se determina partiendo del contrato individualmente considerado, confrontándolo luego con un "tipo ideal" en el que los intereses contrapuestos se colocan en una situación de equilibrio justo y coherente. Adicionalmente se determina la "esencialidad" de los derechos u obligaciones involucrados en la cláusula, para lo cual se toma como punto de partida las prestaciones y expectativas principales de la contraparte, y si existe efectivamente una limitación de esos derechos u obligaciones, finalmente, se procede a comprobar si la limitación de esos derechos u obligaciones "esenciales" pone en riesgo la finalidad del contrato, para lo cual se hace una ponderación global de los intereses, en la cual influyen tanto las fuertes limitaciones de derechos como las consecuencias que estas tengan para los intereses contractuales de la contraparte. El carácter abusivo, y por lo tanto la ineficacia de la cláusula, se declarará cuando exista un menoscabo de las expectativas sobre la prestación. Finalmente, también se considera que en la ponderación global de los intereses pueden llegar a influir tanto las obligaciones del predisponente, que puedan resultar compensatorias de la restricción de los derechos de la contraparte, como la pregunta de qué contratante tenía la posibilidad de asegurar el riesgo<sup>67</sup>.

En conclusión, mediante el establecimiento de parámetros mínimos que garanticen una justicia material aceptable se superan las anomalías que no es posible eliminar por medio de mecanismos meramente procedimentales. En otras palabras, "en vista de que la autodeterminación económica de uno de los contratantes no puede hacerse valer al momento de la celebración del contrato [...] en lugar de la decisión del contratante se sustituye la decisión de la ley"<sup>68</sup>. Esto, teniendo en cuenta que "en la difícil tarea de asegurar la libertad de movimiento económico y el desarrollo del individuo basado en la autodeterminación" ya no se trata de la sociedad frente al (o contra el) Estado, sino "junto con el Estado, en particular por medio de la legislación y de los tribunales"<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> CLAUS-WILHELM CANARIS, *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht*, C.H. Beck'schen, Munich, 1997, 54 y s.

<sup>66</sup> COESTER, "Allgemeine Geschäftsbedingungen", cit., 176.

<sup>67</sup> STOFFELS, *AGB-Recht*, cit. 233 y ss.

<sup>68</sup> DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, cit., 343.

<sup>69</sup> HANNES RÖSLER, "Schutz der Schwächeren im europäischen Vertragsrecht", en *RabelsZ*, 73, 2009, 893. En este sentido ya OTTO VON GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Julius

### 2.3 EXCURSUS: ALGUNOS EJEMPLOS DE MECANISMOS DE COMPENSACIÓN EN EL NUEVO ESTATUTO COLOMBIANO DEL CONSUMIDOR

En las normas del nuevo Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011) se encuentran previstos los mecanismos de compensación anteriormente descritos<sup>70</sup>. A continuación se relacionan algunos ejemplos concretos de los mecanismos de compensación consagrados en dicha ley.

a) El Estatuto cuenta con un título entero dedicado a la información en general (título v) y otro título dedicado a la publicidad, en particular (título vi). Allí se consagran tanto deberes de información positivos (art. 24 sobre el contenido

Springer, Berlín, 1889, 10: "nosotros incluimos en el fin del derecho público la libertad, en el del derecho privado, la comunidad".

<sup>70</sup> Lo que, sin embargo, no representa ninguna novedad, pues ya habían sido implementados en el pasado, en particular en regulaciones sectoriales. Así, por ejemplo, ya en el *Decreto 3466 de 1982* se habían introducido algunas normas en materia de información sobre los bienes y servicios ofrecidos al consumidor, en particular, la prohibición de "marcas, leyendas y la propaganda comercial que no correspondan a la realidad, así como las que induzcan o puedan inducir a error respecto de la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, el peso o medida, los precios, la forma de empleo, las características, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad de los bienes y servicios ofrecidos" (art. 14, junto con los arts. 15, 16 y 17). En ese mismo decreto, en el artículo 41 se incluyó un derecho de retracto de dos (2) días en los contratos para la venta de bienes y prestación de servicios mediante sistemas de financiación; finalmente, también allí se encuentra un claro ejemplo de contenido normativamente impuesto, en relación con la denominada "garantía mínima presunta", que "se entiende pactada en todos los contratos de compraventa y de prestación de servicios" como "obligación a cargo del productor de garantizar plenamente las condiciones de calidad e idoneidad señaladas en el registro o en la licencia correspondiente" (art. 11, junto con el art. 13). Cfr., además, entre otras: la *Ley 142 de 1994*, en materia de servicios públicos domiciliarios, que en el artículo 131 prevé el deber de "informar [...] acerca de las condiciones uniformes de los contratos que ofrecen", exigiendo además como requisito de validez la entrega de una copia del contrato al usuario, pues en caso contrario "adolecerá de nulidad relativa" (art. 131, inc. 2.º), y en el artículo 133 enumera una serie de cláusulas que podrían resultar inválidas en cuanto hacen presumir la existencia de un "abuso de posición dominante"; y más recientemente, la *Ley 1328 de 2009*, que incluye en el título I un "régimen de protección al consumidor financiero", en particular, en el capítulo IV, sobre "información al consumidor financiero", que determina un mínimo de información que debe ser puesta a disposición del consumidor con el fin de "permitir y facilitar la adecuada comparación de las distintas opciones ofrecidas en el mercado" (art. 9), si bien no se indican las consecuencias jurídicas que se puedan derivar en caso de incumplimiento de dichos deberes de información salvo para un caso (art. 10 en materia de notificación de las condiciones del contrato, en cuyo caso se prevé la posibilidad para el consumidor financiero de "finalizar el contrato sin penalidad alguna"); en la misma ley se prevén una serie de cláusulas y situaciones consideradas como abusivas (art. 11 y 12) que en caso de introducirse en el contrato se tendrán por no escritas. En materia de información, ver también la Circular Externa 038 de 2011 de la Superintendencia Financiera de Colombia, que adiciona el numeral 10 en materia de "información al consumidor financiero", y la Circular Externa 039 de 2011 de la misma entidad, que adiciona el numeral 10, en materia de "cláusulas y prácticas abusivas", a la Circular Básica Jurídica (Circular Externa 007 de 1996).

mínimo de la información que debe suministrarse al consumidor, art. 25 sobre algunas exigencias especiales para productos nocivos para la salud y art. 26 en materia de precios), como deberes negativos (en especial, el art. 30 que contiene la prohibición general de publicidad engañosa).

También en materia de condiciones generales por medio de la imposición de un deber de información "suficiente, anticipada y expresa" respecto de su "existencia, efectos y alcance", se termina configurando un requisito de forma que determinará la incorporación o no de dichas condiciones generales<sup>71</sup>.

Y, finalmente, el Estatuto prevé deberes de información en algunas situaciones contractuales específicas que regula: en las denominadas operaciones mediante sistemas de financiación se impone el deber de "informar al consumidor, al momento de celebrarse el respectivo contrato, de forma íntegra y clara, el monto a financiar, interés remuneratorio y, en su caso el moratorio, en términos de tasa efectiva anual que se aplique sobre el monto financiado, el sistema de liquidación utilizado, la periodicidad de los pagos, el número de las cuotas y el monto de la cuota que deberá pagarse periódicamente" (art. 45, num. 1); en las ventas que utilizan métodos no tradicionales o a distancia se establece el deber de "informar, previo a la adquisición, la disponibilidad del producto, el derecho de retracto, el término para ejercerlo, el término de duración de las condiciones comerciales y el tiempo de entrega" (art. 46, num. 4); y en los contratos celebrados mediante los sistemas de comercio electrónico se imponen una serie de deberes relacionados con el suministro de información "cierta, fidedigna, suficiente, clara y actualizada respecto de los productos que ofrezcan", así como respecto del plazo de validez de la oferta, la disponibilidad del producto, y si es del caso, la duración mínima del contrato (art. 50 lit. b), los medios de que dispone el consumidor para realizar los pagos, los tiempos de entrega de los bienes o de la prestación del servicio, el derecho de retracto que tiene y la forma de ejercerlo, y "cualquier otra información relevante para que el consumidor pueda adoptar una decisión de compra libremente y sin ser inducido en error" (lit. c).

Ahora bien, hay dos observaciones necesarias respecto de estos deberes de información previstos a lo largo del Estatuto. En primer lugar, la heterogeneidad de los mismos; en segundo lugar, la falta de claridad en la determinación de las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de los deberes de información previstos.

Respecto del primer punto, resulta interesante constatar que en materia de deberes de información se puede encontrar, por un lado, una regla que otorga valor vinculante a informaciones precontractuales suministradas por una parte fuera del contrato. Así, el artículo 29 en materia de publicidad, establece que "las condiciones objetivas y específicas anunciadas en la publicidad obligan al anunciante,

<sup>71</sup> Art. 37 num. 3, *in fine*: "Serán ineficaces y se tendrán por no escritas las condiciones generales de los contratos de adhesión que no reúnan los requisitos señalados en este artículo".

en los términos de dicha publicidad". Por otro lado, se encuentran los deberes de información en sentido estricto, esto es, aquellos que imponen a una de las partes el suministro de una información mínima bien sea antes o al menos al momento de la celebración del contrato, con el fin de "que el consumidor pueda adoptar una decisión de compra libremente y sin ser inducido en error", como el mismo Estatuto lo indica en un caso específico.

Sin embargo, y con esto pasamos a la segunda observación, en la mayoría de casos no están previstas las consecuencias jurídicas que el incumplimiento de los deberes de información tiene para el contrato concreto. Algunas consecuencias parecen identificables solamente en materia de publicidad, que bajo determinadas condiciones se considera vinculante, y respecto del deber de información relacionado con las condiciones generales, cuyo incumplimiento deriva en la ineficacia de dicho contenido (por lo que termina por convertirse en un requisito de forma). Por el contrario, en el título V dedicado a la información se prevé que los proveedores y productores "serán responsables de todo daño que sea consecuencia de la inadecuada o insuficiente información" (art. 23), pero no se indica si, adicionalmente, la parte afectada con el incumplimiento del deber de información podría, por ejemplo, exigir el cumplimiento del contrato en los términos que una persona razonable habría podido entender al no haberse suministrado la información exigida por la ley o, eventualmente, resolver el contrato. Lo mismo se puede afirmar respecto de las demás situaciones contractuales específicas previstas en el Estatuto (operaciones mediante sistemas de financiación, ventas realizadas por medio de métodos no tradicionales o a distancia, y contratos celebrados mediante los sistemas de comercio electrónico). En todos estos casos será la autoridad correspondiente quien, en el caso concreto, tendrá que entrar a determinar si, además de los eventuales daños *in contrabando* que se pudieron haber causado, el consumidor puede ejercer algún tipo de acción (cumplimiento, nulidad, resolución)<sup>72</sup>.

b) El nuevo Estatuto del Consumidor también introduce nuevas exigencias de forma, las más importantes previstas en el título VII, capítulo II en materia de condiciones negociales generales y contratos de adhesión, cuyo incumplimiento acarrea que dichas condiciones generales se tengan por no escritas. En primer lugar, se impone una determinada forma para dar a conocer las condiciones negociales generales: accesibilidad al contenido y comprensibilidad del mismo (art. 37, num. 1). Sin embargo, los presupuestos de inclusión de las condiciones negociales generales se combinan con una fuerte exigencia de información: esta debe ser suficiente, anticipada y expresa y debe recaer sobre "la existencia, los efectos y el alcance" del clausulado. El problema es que para cumplir con estas exigencias, interpretadas de una forma rígida, se necesitaría el "seminario de tres días" al que hacíamos referencia al exponer los límites inherentes al modelo basado

<sup>72</sup> Sobre estas alternativas, ver ERNESTO RENGIFO, "Deber precontractual de información y las condiciones generales de la contratación", en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 327, 92 y ss.

en la información. Y si bien es cierto que se prevé que "la firma del consumidor sobre el documento hará presumir" que la información se dio en la forma exigida, lo cierto es que en muchos contratos resultaría cuanto menos probable presentar "prueba en contrario" de la suficiencia de la información en relación con todos los aspectos previstos en la norma. De allí que esta debería ser interpretada de forma restrictiva, en el sentido de que se exija una advertencia o indicación expresa al consumidor de la existencia del clausulado predispuesto, se garantice la posibilidad de acceder a las mismas, y se demande del predisponente un esfuerzo razonable en la presentación de dicho contenido<sup>73</sup>.

En segundo lugar, se imponen ciertas características que deben reunir las condiciones generales: "deben ser concretas, claras y completas" (art. 37, num. 2, cursiva fuera de texto). De estos tres requisitos, llama la atención el de la completitud, pues si se lee en el sentido natural del vocablo, dicha exigencia chocaría con una cuestión de orden lógico y de tiempo atrás reconocida en el ámbito jurídico del contrato: las partes no pueden preverlo todo y, "por ende, no haber regulado cada conflicto no solo es una eventualidad posible, sino además un fenómeno normal e inevitable debido a la infinita variedad de las circunstancias que se pueden presentar en el desarrollo de la relación y de los conflictos que pueden surgir a causa de ello"<sup>74</sup>. De allí que se deba interpretar como un *lapsus* del legislador, so pena de hacer completamente vulnerable en la práctica el recurso a las condiciones generales de contrato.

En fin, se introduce un requisito especial para los contratos de seguro, en cuanto se exige al asegurador la entrega anticipada del clausulado al tomador, con el deber adicional de explicar el contenido de la cobertura, las exclusiones y las garantías (art. 35, num. 3), que en cuanto norma especial y posterior modifica

<sup>73</sup> Esta interpretación estaría en armonía con las soluciones adoptadas en otros ordenamientos. Así, por ejemplo, el § 305 BGB alemán, en materia de condiciones generales de contratación, en última instancia, exige "indicación expresa, posibilidad de conocimiento y consentimiento" (así, PHILLIP HELLWEGE, "Allgemeine Geschäftsbedingungen", en *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, cit., nt. XX, 30). Así mismo, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (luego adoptado en el Proyecto de Marco Común de Referencia) prevén que "las cláusulas contractuales que no hayan sido negociadas individualmente pueden ser invocadas frente a la otra parte que no las conoció, solamente si la parte que las invoca tomó las medidas razonables para llamar a atención a la otra antes o en el momento de la celebración del contrato" (art. 2:104), y advierte que "no se considera que se haya llamado la atención debidamente a la otra parte con una mera referencia a ellas en el documento contractual, aun cuando la parte suscriba el documento" (art. 2:104 2). Adicionalmente, surge la duda respecto del artículo 48 del nuevo Estatuto del Consumidor, que exige que "en los contratos celebrados a distancia, telefónicamente, por medios electrónicos o similares, el productor deberá dejar prueba de la aceptación del adherente a las condiciones generales". ¿Cuál es el efecto de no dejar dicha prueba? ¿No surge el contrato? ¿Se tienen por no escritas las condiciones generales?

<sup>74</sup> ANDREA D'ANGELO, *La buona fede*, Giappichelli, Turín, 2004, 42. En la literatura iuseconómica ver, por ejemplo, GIUSEPPE BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Cedam, Milán, 2000, *passim*.

el artículo 1046 C.Co.: la póliza contentiva de las condiciones generales no solamente deberá entregarse de forma anticipada, sino que de no hacerse, conllevará la ineficacia del clausulado<sup>75</sup>.

c) Un *derecho de retractación* se consagra en el nuevo Estatuto del Consumidor en el título VII, capítulo V, que cobija "venta de bienes y prestación de servicios mediante sistemas de financiación [...], venta de tiempos compartidos o ventas que utilizan métodos no tradicionales o a distancia" (art. 47). Solamente dos observaciones al respecto.

En primer lugar, llama la atención el breve plazo para el ejercicio del derecho de retractación (5 días), "contados a partir de la entrega del bien o de la celebración del contrato en caso de la prestación de servicios". A esto se suma el hecho de no establecerse los efectos de una eventual omisión por parte del productor o proveedor de la información al consumidor de su derecho. La finalidad de la figura se vería completamente desvirtuada si dicha omisión no alterara la forma de computar el plazo para el ejercicio del derecho de retracto, siendo que, en tales circunstancias, es probable que el consumidor ignore su existencia.

En segundo lugar, se debe anotar que pueden surgir problemas en la práctica, en relación con la obligación del consumidor de "devolver el producto al productor o proveedor [...] en las mismas condiciones en que lo recibió" (art. 47, inc. 2.º). La pregunta que surge es cómo interpretar esta norma en los casos en los que el producto recibido es de aquellos que requieren una manipulación con el fin de "establecer la naturaleza, las características o el funcionamiento de los bienes"<sup>76</sup>. En tal caso, resulta evidente que no será posible devolver el producto en las mismas condiciones y que posiblemente habrá una disminución de su valor, lo cual no debería ser impedimento para el ejercicio del derecho de retractación.

d) Por último, son varios los ejemplos de la intervención directa en el contenido del contrato prevista por el nuevo Estatuto del Consumidor. Por una parte, la disciplina de la garantía legal prevista en los artículos 7 y siguientes tiene naturaleza imperativa, por lo que el productor o proveedor no puede excluirla.

Por otra parte, se introduce un capítulo en materia de "cláusulas abusivas" (tít. VII, cap. III, arts. 42 a 44). Dada la particular complejidad de este tema, un análisis

<sup>75</sup> Esta norma se complementa con el artículo 184, numeral 2 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que prevé: "*Requisitos de las pólizas*. Las pólizas deberán ajustarse a las siguientes exigencias:

"a. Su contenido debe ceñirse a las normas que regulan el contrato de seguro, al presente estatuto y a las demás disposiciones imperativas que resulten aplicables, so pena de ineficacia de la estipulación respectiva;

"b. Deben redactarse en tal forma que sean de fácil comprensión para el asegurado. Por tanto, los caracteres tipográficos deben ser fácilmente legibles, y

"c. Los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza".

<sup>76</sup> En la terminología del artículo 14, numeral 2 de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los derechos de los consumidores.

de la disciplina resulta imposible en esta sede, por lo cual nos limitamos a hacer dos reflexiones.

En primer lugar, resulta llamativo el hecho de que solo se haya incluido una lista de cláusulas sin posibilidad aparente de valoración (art. 43)<sup>77</sup>, esto es, cláusulas consideradas abusivas *per se*, por el simple hecho de estar incorporadas en el contrato, a diferencia de otras experiencias jurídicas<sup>78</sup> en donde se hace la diferencia entre cláusulas con posibilidad de valoración (la llamada "lista gris") y cláusulas sin posibilidad de valoración (la llamada "lista negra"). Claro está que la lista de cláusulas abusivas prevista por el Estatuto no es exhaustiva, y fuera de las hipótesis allí previstas será la jurisprudencia la que determine caso por caso, con fundamento en el artículo 42, las cláusulas que "producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor".

Y en este sentido se dirige la segunda reflexión. Resulta interesante que para la determinación del carácter injustificado del desequilibrio se remita en la norma a "las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza" (art. 42, inc. 1.º, *in fine*), máxime cuando se trata de contratos que por lo general son celebrados en masa, recurriendo a contenido unilateralmente predispuerto. Pero sobre la interacción entre la determinación del desequilibrio y las "condiciones particulares de la transacción" se volverá en la segunda parte de este escrito.

### III. EL DERECHO COMÚN DE LOS CONTRATOS Y EL SIGNIFICADO DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR

#### 3.1 Un cambio de perspectiva

Una vez reconocido el consumo en una finalidad de la organización social y del Estado, se hizo evidente la necesidad de un marco jurídico que implementara medidas de protección para la forma determinada de participación en el mercado encarnada por el consumidor<sup>79</sup>. Esta perspectiva encuentra sus raíces en el liberalismo del siglo XVIII, cuando se predicaba un mejoramiento del bienestar de este actor del mercado

<sup>77</sup> Cfr. la Ley 1328 de 2009, "por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones", que en sus artículos 11 y 12 establece una lista de cláusulas y de prácticas abusivas, respectivamente. También se ocupa del tema la Circular Externa 039 de 2011 de la Superintendencia Financiera de Colombia que adiciona el numeral 10, sobre "cláusulas y prácticas abusivas", a la Circular Básica Jurídica (Circular Externa 007 de 1996).

<sup>78</sup> Caso paradigmático es la disciplina alemana en la materia, actualmente contenida en los §§ 307, 308 y 309. También en su momento la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, introdujo un anexo con una lista de cláusulas indicativa, no exhaustiva, que, de conformidad con el artículo 3.º, numeral 3, "pueden ser declaradas abusivas".

<sup>79</sup> SCHMOECKEL, "Grundlagen der Verbrauchergeschäfte", cit., 1590. El autor distingue de esta forma el carácter específico de la protección (moderna) del consumidor, desde el punto de vista histórico, de una perspectiva mucho más amplia del derecho del consumidor que

como consecuencia del mecanismo de la competencia al incentivar la innovación, brindar mayores posibilidades de elección y permitir una mejor calidad por un menor precio. De esta forma se sostenía una imagen del mercado como ambiente natural del consumidor quien, en última instancia, sería el beneficiado<sup>80</sup>. Este modelo tomado por la economía clásica<sup>81</sup> se vería reflejado en los modelos de codificación del liberalismo jurídico, asumiendo el contrato –en cuanto instrumento de intercambio– como un mecanismo que, salvo determinadas circunstancias, sería apto para garantizar un equilibrio de los intereses de los contratantes<sup>82</sup>.

Luego de que en un primer momento para la protección del consumidor se recurriera de forma prevalente a la legislación penal, con el advenimiento y consolidación de la sociedad de consumo el Estado comenzó a intervenir de forma más intensa, como consecuencia de los nuevos desafíos que presentaba la maduración del capitalismo impulsado por las nuevas técnicas de producción y distribución en masa<sup>83</sup>.

abarca cualquier tipo de medida que, a lo largo de la historia, haya buscado asegurar la cualidad de los bienes y servicios.

<sup>80</sup> RÖSLER, *Europäisches Konsumentenvertragsrecht*, cit., 25. Se trataría de la perspectiva desarrollada por ADAM SMITH en su obra *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of the Nations* (1776). Pero como también advierte RÖSLER, el mismo SMITH, más adelante, reconoce que, “en el sistema mercantil, el interés del consumidor casi constantemente se sacrifica por el del productor; y parece considerarse la producción, y no el consumo, el objetivo final y el objeto de toda la industria y el comercio”: “The Transformation of contractual justice – A historical and comparative account of the impact of consumption”, en H. MICKLITZ (ed.), *The many Concepts of Social Justice in European Private Law*, Edward Elgar, Cheltenham, RU, 2011, 332.

<sup>81</sup> DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, cit., 96, señala que tanto la escuela clásica que desarrolló el modelo de mercado de ADAM SMITH, como la escuela neoclásica que dio continuación a la primera, tenían el inconveniente de estar alejadas de la realidad, entre otras cosas porque presuponian el comportamiento de un ser humano racional egoísta (la denominada hipótesis REM), una idea del *homo oeconomicus* contraria a la realidad.

<sup>82</sup> RÖSLER, *Europäisches Konsumentenvertragsrecht*, cit., 25.

<sup>83</sup> ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, cit., p. 4. SCHMOECKEL, “Grundlagen der Verbrauchergeschäfte”, cit., 1591 y ss., hace referencia a dos “oleadas” de legislación en materia de protección del consumidor en Europa. La primera habría tenido lugar a mediados del siglo XIX, con la extensión de hechos punibles y la imposición de reglamentos industriales, especialmente en Francia; la expedición en Alemania en 1893 de una legislación en materia de ventas a plazos, en Gran Bretaña del *Sale of Goods Act* de 1893, entre otros. Una segunda “oleada” habría tenido lugar en la segunda posguerra con el ascenso de la sociedad del consumo en los años cincuenta, y el posterior discurso del presidente de Estados Unidos, JOHN F. KENNEDY, en 1962, en lo que se conoce como el *Consumer Bill of Rights*, que impulsó un gran movimiento social que sería posteriormente conocido como el *consumerism*. Rastrea el origen de la idea de protección al consumidor JEAN-LOUIS HALPÉRIN, “Quelle histoire pour le droit des consommateurs?”, en *ZNR*, 23, 2001, 72 y ss., quien, de una parte, descarta que el desarrollo de la garantía por vicios ocultos a manos de los ediles curules en el derecho romano pueda ser considerada una técnica de protección de los consumidores, en cuanto en realidad este tipo de medidas estaban enderezadas más a la protección de los intereses de los propietarios o explotadores. Más adelante el autor considera que a partir de los siglos XI y XII la situación cambia y es posible identificar reglas destinadas a defender a los adquirentes de productos de consumo. Como ejemplos menciona el autor las regulaciones de los mercados públicos, las normas de policía

En este nuevo escenario, se desarrolla la sensibilización de la sociedad frente a los problemas que despertaba la nueva estructura de la sociedad y se hace evidente un particular estímulo hacia la protección del consumidor por parte de los Estados, lo cual se ve reflejado en el discurso del presidente de Estados Unidos JOHN F. KENNEDY, quien en 1962 afirmó que "consumidores, por definición, somos todos", y abogó por una consideración de los derechos fundamentales de los consumidores<sup>84</sup>. Es en esta época en la que se afianza el *consumerism* como "movimiento de información, de contraste, de concertación, que tenía como interlocutores a los productores, a los protagonistas del sector publicitario, a los distribuidores de bienes y servicios en los mercados"<sup>85</sup>, un movimiento que sirvió de catalizador de la sensibilidad social frente al problema del consumo y condujo a eliminar definitivamente el mito de la soberanía del consumidor, evidenciando los sectores en los cuales "las deformaciones de la contratación estándar eran particularmente evidentes e incisivas, dada la difusión social o la importancia de las relaciones reguladas"<sup>86</sup>. De esta manera el derecho del consumidor surgió como respuesta a las fallas del mercado y "a las exigencias de las sociedades de bienestar que se desarrollaron con posterioridad a la segunda guerra mundial" termina por crear un "vínculo entre mercados, ciudadanos y poder estatal"<sup>87</sup>.

El cambio de la perspectiva en materia contractual resulta evidente. El paradigma clásico de las voluntades que, en cuanto libres y autónomas, concurren para conciliar sus intereses configurando el mecanismo contractual como una garantía de corrección<sup>88</sup> encuentra su máxima expresión con la superación de un

adoptadas para combatir el engaño y falsificaciones. Sin embargo, el alcance limitado de las medidas (tanto en su objeto como en los sujetos que protegía) impide entrever una disciplina de carácter general que protegiera a todos los consumidores.

<sup>84</sup> *Special message to the Congress on Protecting the Consumer Interest*, disponible en <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=9108> (consultado el 12.11.2008), en donde el presidente abogó por cuatro derechos fundamentales: el derecho a productos seguros, el derecho a una libre elección, así como a una información suficiente para poder ejercer dicha elección, en fin, el derecho a que los intereses de los consumidores sean tenidos en cuenta al momento de adoptarse las políticas públicas, así como su debida protección ante los tribunales. Relevante en este contexto resulta también la primera resolución del Consejo de la entonces Comunidad Económica Europea, "relativa a un programa preliminar para una política de protección e información de los consumidores", del 14 de abril de 1975.

<sup>85</sup> ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, cit., 5.

<sup>86</sup> PIETRO BARCELLONA, *Diritto privato e Società moderna*, Jovene, Nápoles, 1996, 419.

<sup>87</sup> RÖSLER, "The transformation of contractual justice", cit., 334.

<sup>88</sup> Usando la célebre construcción conceptual del *Vertragsmechanismus als Richtigkeitsgewähr* (mecanismo contractual como garantía de corrección) elaborada en la época del nacionalsocialismo por el jurista alemán WALTER SCHMIDT-RIMPLER (en particular en la posición sostenida en "Wandlungen des Schuldvertragsrechts", en *FS. für L. Raiser zum 70. Geburtstag*, Mohr, Tübinga, 1970, escrito en el que aclara la posición sostenida en "Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts", en *AcP*, 27, 1941), en virtud del cual la colaboración de las dos partes con intereses opuestos garantizaría en modo objetivo la justicia del efecto jurídico. Sobre esta construcción ver *infra* 3.2. Como lo explica LUDWIG RAISER, "La funzione del contratto e libertà contrattuale", en *Id. Il compito del diritto privato, (Die aufgabe des Privatrechts*, 1977), Milán, Giuffrè, 1990, 88), en el pensamiento de SCHMIDT-RIMPLER el

sistema económico y político obsoleto como el feudal, basado en una sociedad por *status*. Este paso se construye mediante la operación de abstracción del sujeto (jurídico) para abrir el camino al reconocimiento de la igualdad<sup>89</sup>, una igualdad necesariamente formal<sup>90</sup>. Por lo demás, este paradigma del derecho contractual se apoyaba en el modelo del *homo oeconomicus*, prototipo de individuo libre, igual y egoísta<sup>91</sup> con plena autodeterminación y capacidad de decisión racional a partir de un sistema estable de preferencias<sup>92</sup>, una concepción que contribuía a la legitimación del modelo contractual como instrumento de emancipación<sup>93</sup>.

contrato sería "un mecanismo dirigido a producir una regulación justa en un ámbito bien delimitado, independientemente de la intervención de un poder subordinado".

<sup>89</sup> STEFANO RODOTÀ, "Antropologia dell'*homo dignus*", en *Rivista critica di diritto privato* 4, Nápoles, Jovene, 2010, 550.

<sup>90</sup> "El proyecto moderno tenía como finalidad la emancipación de los antiguos vínculos de la estratificación social. En efecto, en el pasado reinaban jerarquías precisas, *estatus* jurídico-sociales que ya desde el nacimiento determinaban la vida de los miembros del grupo. La ley no consideraba a todos iguales y reconocía diferentes derechos y deberes; en cambio, la ley moderna trata a todos del mismo modo porque hace abstracción de las condiciones materiales en las cuales viven los sujetos (ya no más el artesano o el campesino, sino el sujeto) del derecho. Podemos decir que el principio que caracteriza a la sociedad moderna es un solo principio que determina toda su estructura: el principio jurídico y político que afirma la igualdad de todos frente al derecho. En definitiva, el derecho moderno no es otra cosa que el derecho de la igualdad formal": así BARCELLONA, *Diritto senza società*, cit., 60; en el mismo sentido, p. ej., FRANZ WIEACKER, *Diritto privato e società industriale*, Nápoles, ESI, 1983, 118 y ss.; EIKE SCHMIDT, "Von der Privat- zur Sozialautonomie", en *JZ* 5/6, 1980, 154. La situación se encuentra condensada en la famosa fórmula "*from Status to Contract*" acuñada por HENRY SUMNER MAINE en su obra *Ancient Law. Its connection with the early History of Society and its Relations to Modern Ideas*, Londres, 1861, pp. 168 y ss. (la fórmula está literalmente en la p. 170), una fórmula que sintetiza "los acaecimientos sociales [...] que llevaron al reconocimiento de una igualdad (formal) de los individuos también en el plano de las relaciones entre particulares": GUIDO ALPA, "Unità del negozio e principi di ermeneutica contrattuale", en *Giurisp. It.*, I, 1, 1521, nt. 20.

<sup>91</sup> BARCELLONA, *Diritto senza società*, cit., 59: en "*la invención de la modernidad*, de la cual nace la ideología moderna [...], el hombre solo tiene una *ratio* en su actuación: la búsqueda del propio interés [...] y actúa calculando racionalmente la utilidad de sus propias actuaciones con el fin de alcanzar la propia satisfacción. El hombre así concebido, igualmente libre, igualmente racional, al perseguir su propia utilidad es tomado en consideración sin ninguna referencia a su especificidad y a las particularidades culturales o religiosas que, en cambio, hacen de él un individuo, una individualidad concreta".

<sup>92</sup> HORST EIDENMÜLLER, "Der Homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderung durch Behavioral Law and Economics", en *JZ*, 2005, 217, señala que si bien las especificaciones del modelo varían dentro de la economía, existen al menos tres aspectos constantes: 1) un actor que actúa racionalmente dispone de un sistema de preferencias completo, no contradictorio y estable; 2) ese sistema de preferencias está sometido a ciertas condiciones, en particular, se asume que el actor no actúa de forma altruista; 3) el comportamiento racional implica un procedimiento racional desde el punto de vista instrumental y tecnológico, esto es, la recepción y el correcto procesamiento de todas las informaciones relevantes y de la elección de la alternativa de comportamiento que es más ventajosa desde el punto de vista fin/medio-relación, atendiendo a las propias preferencias.

<sup>93</sup> ROBERTO CALVO, "Le radici del moderno diritto privato europeo con riguardo al controllo sul contenuto del contratto *standard*", en *Contratto e impresa/Europa*, 2001, 498.

En este ambiente, el ordenamiento jurídico fijaba las reglas de juego, esto es, las condiciones de reconocimiento del ejercicio de la autonomía privada mediante la determinación de los requisitos del contrato<sup>94</sup>, y, al mismo tiempo, establecía las reglas que garantizan la "regularidad del juego", en particular, la regularidad del procedimiento de formación del acuerdo<sup>95</sup>. Solamente cuando el contrato atentaba contra las reglas de juego y, en particular, cuando la regular formación del acuerdo se veía perturbada, el ordenamiento jurídico reaccionaba ante lo que se consideraba una situación de debilidad de los contratantes<sup>96</sup>, una situación *patológica* del contrato.

Los primeros signos evidentes de la crisis de esta concepción liberal del contrato<sup>97</sup> se presentaron ya a finales del siglo XIX, con el advenimiento de la estandarización y las técnicas de contratación de ella derivada<sup>98</sup>. En virtud del "poder de empresa"<sup>99</sup> se terminaba ejerciendo un poder normativo, con la predisposición del contenido contractual por parte de un sujeto que uniformaba y construía negocios "anónimos"<sup>100</sup> a los cuales se sometería un número amplio, quizás indeterminable, de personas. Ante este nuevo escenario, la abstracta situación de absoluta paridad entre los sujetos, que constituía uno de los valores fundantes del contrato, terminaba por ocultar la realidad de una libertad fuertemente reducida, vaciada de su contenido y que terminaba por someter a uno de los sujetos de la relación contractual al *diktat* normativo privado, con el consecuente incremento de la posibilidad de abuso de la libertad contractual<sup>101</sup>. Y si bien en el contexto

<sup>94</sup> BARCELONA, *Diritto privato e società moderna*, cit., 342 y s.: "El legislador reconoce eficacia a los actos de autonomía privada si estos son creados respetando las reglas de juego; en estas condiciones los efectos queridos por los particulares son también queridos por el legislador, es decir, son efectos jurídicos. Aún más, en estas condiciones es posible que el orden abstracto de la igualdad formal se transforme en el orden real del mercado, en el orden concreto de las diferencias, sin que el ordenamiento introduzca –por lo general– criterios de control idóneos a encaminar las elecciones de los particulares hacia fines diferentes".

<sup>95</sup> *Ibid.*, 345.

<sup>96</sup> ALESSANDRO SOMMA, "Der Schutz der schwächeren Vertragspartei – Rechtshistorische und rechtspolitische Aspekte", en Reiner SCHULZE (ED.). *New Features in Contract Law*, Munich, Sellier European Law Publishers, 2007, 29.

<sup>97</sup> ERNST A. KRAMER, *Die 'Krise' des liberalen Vertragsdenkens*, Wilhelm Fink, Múnich, 1974.

<sup>98</sup> CALVO, "Le radici del moderno diritto privato europeo con riguardo al controllo sul contenuto del contratto *standard*", cit., 496.

<sup>99</sup> BARCELONA, *Diritto privato e Società moderna*, cit., 404.

<sup>100</sup> ROPPO, *Contratti standard*, cit., 13; FRIEDERICH KESSLER, "Contrats of Adhesion: Some Thoughts about the Freedom of Contract", en *Columbia Law Rev.*, 43, 5, 1943, 631: "el contrato estereotipado de hoy refleja la impersonalidad del mercado"; en el mismo sentido ya LUDWIG RAISER, *Das Recht der Allgemeine Geschäftsbedingungen*, 1935, 16 y ss.

<sup>101</sup> RAYMOND SALLEILES, *De la déclaration de volonté. Contribution a l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, París, 1901, 229 y s. Es bien conocido que el autor enfrenta el fenómeno de los *contrats d'adhesion* al analizar el tema de la interpretación, considerando que "existen pretendidos contratos que solo tienen de contrato el nombre, [...] para los cuales, en todo caso, las reglas de interpretación individuales [...] deberían sin duda sufrir grandes modificaciones", señalando luego que la interpretación "debería hacerse como la de una

de la contratación estandarizada el consumidor aún no se había elevado a palabra clave del debate, la idea de la protección de una parte que se consideraba débil frente al poder de la empresa se encontraba siempre como trasfondo.

Las tempranas denuncias de la doctrina que advertían sobre el peligro de resquebrajamiento del principio de la libertad contractual enmarcadas en una nueva visión de la ciencia jurídica, llevaron a las primeras reacciones legislativas, pero sobre todo judiciales, que buscaban hacer frente a esta nueva situación<sup>102</sup>. A ello se sumaría en la segunda posguerra una eclosión de la idea de la protección jurídica del consumidor que, como ya se mencionó, tuvo lugar hacia los años sesenta, impulsada por los resultados arrojados por las ciencias sociales y por el abanderamiento político de aquellos años.

De esta manera se ponía en movimiento un proceso mediante el cual se reconocía la insuficiencia de los mecanismos tradicionales contenidos en los códigos civiles para asegurar el correcto ejercicio de la libertad de todos los contratantes y la necesidad de una intervención mucho más profunda en el mecanismo contractual para garantizar una verdadera autodeterminación de los individuos. Todo esto se apoyaba, además, en un nuevo modelo de hombre que se alejaba del ideal del *homo oeconomicus*<sup>103</sup>, que tenía en cuenta, por una parte, la racionalidad limitada de los actores<sup>104</sup> y, por otra, los vínculos del individuo en su contexto social, y

ley propiamente dicha". Sobre la repercusión que alcanzó la idea de SALLEILES más allá de las fronteras francesas, ROPPO, *Contratti standard*, cit., 16 y s., nt. 36.

<sup>102</sup> RÖSLER, *Europäisches Konsumentenvertragsrecht*, cit., 31; JAVIER M. RODRÍGUEZ OLMOS, "Contexto y construcción de la regla '*interpretatio contra proferentem*' en la tradición romanista", en *Revista de Derecho Privado*, 14, 2008, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 85 y ss.

<sup>103</sup> BARBARA DAUNER-LIEB, *Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher*, Dunker & Humblot, Berlín, 1982, 52 y s. Para una crítica a la idea del *homo oeconomicus* desde el punto de vista de la economía social de mercado como "tercera vía", ver PETER HÄBERLE, "Soziale Marktwirtschaft als 'dritter Weg'", en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 10, 1993, 383 y ss. El autor señala cómo no existe identidad entre el ciudadano que busca la utilidad particular (*privatnütziger Bürger*) y la construcción artificial del *homo oeconomicus*, pues "[e]l 'maximizador racional de la utilidad' corresponde solo a un aspecto parcial: [...] el ser humano no es dependiente solo de la utilidad económica, ni está solo orientado a la aspiración de ganancia, así como tampoco se ve motivado sólo por *Rationalen*" (386). En esta medida no se puede perder de vista que "[e]l ser humano tiende por naturaleza a abusar del poder. Esto [...] vale también para los ciudadanos que toman parte en el mercado", por ende, "[e]l mercado no es la medida de todas las cosas y tampoco la medida principal de los seres humanos. No toda la vida humana en comunidad se puede ordenar y valorar desde puntos de vista de mercado así como tampoco según modelos de competencia".

<sup>104</sup> KOROBKIN, "Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability", cit., 1216 y ss. Ver, en el mismo sentido, EIDENMÜLLER, "Der Homo oeconomicus und das Schuldrecht", cit., 216 y ss., quien emprende una revisión crítica del modelo del *homo oeconomicus* desde el punto de vista del análisis económico del derecho. Para este autor "la construcción económica de un *homo oeconomicus* sigue siendo en principio el modelo de este tipo que mejores prestaciones ofrece", y considera que, a pesar de que "no corresponde a un individuo existente en la realidad", su aplicación en el análisis de situaciones jurídicas se ha demostrado fructífero, pues, entre otras cosas "el derecho mismo parece partir en esencia de ese modelo. La dirección del comportamiento por medio de estímulos jurídicos así como de sanciones no se puede enten-

como consecuencia reconocía que más allá de las condiciones de *patología* que pueden afectar el contrato existen situaciones estructurales o de *fisionomía social* que determinan una posición de inferioridad de algunos contratantes en ciertas circunstancias: es lo que ha sido descrito como el triunfo del *homo sociologicus* sobre el *homo oeconomicus*<sup>105</sup>. Por lo demás, este proceso de *materialización del derecho contractual* puede considerarse un indicio de lo que un autor ha descrito como el movimiento "del sujeto a la persona", en el cual, una vez que se acepta el impacto negativo de la esterilización de "la fuerza histórica y teórica de la invención del sujeto" que lo había reducido a "un esqueleto que aislaba al individuo y lo separaba de todo contexto", se reconoce que el sujeto abstracto "ya no está en grado de abarcar en su totalidad las realidades a las cuales hace referencia". Es en este proceso en el que se debe enmarcar la idea del consumidor, como figura autónoma que penetra en el ordenamiento jurídico, "expresiva de la condición humana, y por ende cargada a su modo de fuerza subversiva, en el sentido de que transfiere en una dimensión formalizada las articulaciones y las contradicciones de la realidad"<sup>106</sup>.

der de forma sensata de otra manera: el efecto persuasivo de las sanciones civiles o penales presupone que nosotros actuamos racionalmente y que los costos esperados influyen nuestras decisiones" (217 y s.). Sin embargo, reconoce el autor que las enseñanzas de la psicología de la cognición y de la economía experimental han revelado debilidades en el modelo, en particular tres: 1) en las decisiones concretas los actores reales no reciben y procesan correctamente todas las informaciones relevantes (selectividad y/o distorsión de la realidad, limitación para procesar la información recibida, efectos negativos por *information overload*) (218); 2) nuestro comportamiento al momento de decidir tampoco se rige estrictamente por la racionalidad: factores como la seguridad que brinda la posesión de un objeto conducen a comportamientos económicamente irracionales, que se reflejan en preferencias inconsistentes, contradictorias (219); 3) los actores reales, a diferencia de la asunción del modelo del *homo oeconomicus*, se dejan influenciar de forma más o menos intensa por consideraciones de altruismo, por puntos de vista de justicia o por otras normas sociales (219). Por esto considera el autor que se hace necesaria una reconstrucción del modelo: "la metamorfosis necesaria del *homo oeconomicus* lo hace más humano, pero al mismo tiempo lo vuelve más complejo" (221). Para el autor, sin embargo, esta necesaria revisión del modelo comportamental del individuo completamente racional y egoísta no es la única ganancia del denominado *Behavioral Law and Economics*, pues "también el cálculo económico de la eficiencia como fundamento normativo del análisis económico del derecho comienza a tambalear [...]. Lo que aparece como eficiencia, es en estas circunstancias una función del derecho – entonces el cálculo económico no precede al razonamiento jurídico, más bien sucede lo contrario" (224). A una conclusión similar llega, a la luz de un análisis de la autodeterminación contractual del consumidor, DREXL, *Die verträgliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, cit., en particular 177 y ss., en donde propone un modelo de "eficiencia normativa" en el cual se antepone el modelo normativo del individuo forjado por el derecho al modelo del *homo oeconomicus*, determinándolo.

<sup>105</sup> En palabras de SOMMA, "Der Schutz der schwächeren Vertragspartei", cit., 43. Al respecto en su momento fue fundamental el escrito de NORBERT REICH, "Zivilrechtstheorie, Sozialwissenschaften und Verbraucherschutz", en *ZRP*, 8, 1974, 187 y ss. La contraposición entre contratos celebrados en condiciones de "patología social" y contratos celebrados en condiciones de "fisiología social" se encuentra en la base del pensamiento de VINCENZO ROPPO, expuesta, entre otros, en su libro *Il contratto del duemila*, cit., 42 y ss.

<sup>106</sup> STEFANO RODOTÀ, "Dal soggetto alla persona: trasformazioni di una categoria giuridica", en *Filosofia Politica* n.º 3, 2007, 369.

El proceso sumariamente delineado constituye una de las facetas de lo que algunos han denominado el paso de un derecho "autónomo" a un derecho "responsivo" producto del Estado social<sup>107</sup>, que se aleja del modelo liberal del mercado como sistema autorregulado<sup>108</sup> y del contrato como garantía suficiente de una equilibrada disposición de intereses, para dar entrada a un modelo que tome en consideración situaciones de desequilibrio estructurales y típicas que se desprenden de la nueva realidad. En este nuevo papel del ordenamiento jurídico, para algunos la protección del consumidor constituye una máscara para implementar instrumentos que en realidad benefician el funcionamiento del mercado<sup>109</sup>, mientras que para otros es el reflejo de una inyección de una "gota de aceite social" en la estructura del derecho<sup>110</sup>.

En todo caso, más allá de la posición ideológica que se adopte, no se puede caer en la tentación de ver en el derecho contractual del consumidor un ámbito impregnado de preocupaciones sociales y contraponerlo con el derecho común de los contratos como el ámbito en donde impera una concepción meramente formal de la libertad contractual<sup>111</sup>. Desde esta perspectiva el derecho contractual, todo, sigue teniendo el mismo fundamento y aspirando a la consecución del mismo objetivo: la realización de la autodeterminación del individuo, para lo cual la libertad contractual es un medio y no un fin en sí mismo<sup>112</sup>. De este modo, el derecho del consumidor, además de ser un eslogan instrumental a las finalidades de la política del derecho, habría operado como motor del desarrollo y actuali-

<sup>107</sup> SOMMA, "Der Schutz der schwächeren Vertragspartei", cit., 26.

<sup>108</sup> MANFRED WOLF, "Vertragsrecht und Sozialwissenschaften", en NORBERT HORN y REINHARD TIETZ (EDS.), *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, t. 1, C.H. Beck'she Verlag, Munich, 1977, 9.

<sup>109</sup> Un ejemplo en este sentido es la Directiva Comunitaria en materia de venta de bienes de consumo 99/44/CE, que busca integrar funcionalmente al consumidor al mercado, y en esta medida "un derecho contractual que regula la oferta por parte de empresas comerciales en el mercado no puede ser otra cosa sino derecho privado general": STEFAN GRUNDMANN, "Consumer Law, Commercial Law, Private Law: How can the Sales Directive and the Sales Convention be so Similar?", en *European Business Law Review*, 2003, 238; al respecto y para ulteriores referencias, ver JAVIER M. RODRÍGUEZ OLMOS, "La oportunidad de saneamiento del incumplimiento del vendedor en el régimen de vicios materiales", en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, 17, 2009, 131 y nt. 84.

<sup>110</sup> Siguiendo la exhortación de OTTO V. GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Julius Springer, Berlín, 1889, 13: "en nuestro derecho público debe soplar el aire iusnaturalista de la libertad, y en nuestro derecho privado se debe filtrar una gota de aceite social".

<sup>111</sup> ZIMMERMANN, *The New German Law of Obligations*, cit., 225.

<sup>112</sup> WERNER FLUME, *El negocio jurídico*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, [1992], 1998, 23: "La autonomía privada es una parte del principio general de la autodeterminación de las personas"; CANARIS, "Wandlungen des Schuldvertragsrechts", cit., 323; ZIMMERMANN, ob. cit., 205; TILMAN REPGEN, *Kein Abschied von der Privatautonomie*, Ferdinand Schöningh, Paderborn, 2001, 73: "La autodeterminación como elemento esencial del Ser no solo corresponde a un interés individual sino que también pertenece a la esencia de la comunidad estatal [...], pues solamente una personalidad desarrollada puede poner en práctica sus capacidades en beneficio de la comunidad".

zación de las instituciones y conceptos del derecho contractual, dando un fuerte impulso a su "materialización"<sup>113</sup>.

<sup>113</sup> BARBARA DAUNER-LIEB, *Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher*, Dunker & Humblot, Berlín, 1982, 16. La discusión apenas delineada se encuadra en un problema sistemático mucho más amplio sobre si el derecho del consumidor representa un "micro-sistema" al interior del derecho privado, o si, por el contrario, el fenómeno del consumo, como se indicó, solo es un fuerte indicio de un proceso de "materialización" del derecho privado. Según se adopte una u otra posición las consecuencias para el sistema general del derecho contractual serán diferentes, pues en el primer caso las instituciones y conceptos del derecho contractual "tradicional" tendrían que dar paso a nuevas concepciones que sin embargo estarían circunscritas al ámbito –precisamente por determinar– de la protección a los sujetos que recaigan en el concepto de consumidor, mientras que en el segundo caso, si bien no se desconoce la necesidad y oportunidad de normas especiales que construyan ámbitos e instrumentos de protección especiales, dicho conjunto de reglas se construirían alrededor de una relación contractual que se considera típicamente como merecedora de una atención especial por las características mismas del negocio al que hacen referencia, pero ya no fundándose simplemente en un concepto de "situación de desequilibrio", "vulnerabilidad" o "asimetría", los cuales desde este punto de vista no son considerados por sí solos parámetros apropiados para la determinación de un círculo determinado de personas destinatarias de las normas especiales, lo cual no resulta nada nuevo en la historia del derecho, pues ese es el fundamento, por ejemplo, de las normas especiales en materia de arrendamiento (para proteger al arrendatario), de condiciones generales de contratación (en vista de la particular situación del adherente), del mismo derecho laboral (en aras de la protección del trabajador), e incluso es el fundamento para la disciplina que en cierta manera reducida la protección entre comerciantes. En este sentido ver DIETER MEDICUS, "Schutzbedürfnisse (insbesondere der Verbraucherschutz) und das Privatrecht", en *Jus*, 1996, 761 y ss. KARL LARENZ/MANFRED WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9.ª ed., 2004, 755 y ss., encuadran estos diferentes ámbitos de protección dentro del discurso más amplio de las "características tipificantes de una libertad de elección menoscabada"; sin embargo, ver THOMAS DUVE, § 1-14 BGB, en *Historisch-kritischer Kommentar (HKK) zum BGB*, t. 1, n.º. 80, 226, quien señala de forma precisa cómo, "a diferencia del derecho comercial o laboral, los cuales se refieren a un *status* –resultante del concreto negocio jurídico– de cierta durabilidad, para la aplicación del derecho del consumidor no se requiere de ninguna característica duradera justificada en la persona", por lo que "la característica de consumidor se justifica y se agota en cada negocio jurídico". En el mismo sentido, FRANZ BYDLINSKI, "Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft", en *AcP*, 204, 2004, 367; en Colombia, ya en este sentido, RENGIFO, *Del abuso del derecho al abuso de posición dominante*, cit., 217 y ss. Por lo demás, como ha sido observado con precisión por DIETER MEDICUS, "Wer ist Verbraucher?", en LESER, H.G. (ed.). *Wegen zum Japanischen Recht. Festschrift T. Isamura*, 1995, 486, en el caso de fundar el derecho del consumidor simplemente en un concepto de "situación de desequilibrio", "vulnerabilidad" o "asimetría", la pregunta a la que debería responder dicha disciplina sería "en qué casos qué sujeto(s) merece(n) una tutela especial", que resulta ser la pregunta que desde siempre ha tratado de resolver el derecho. (Como bien señala Drexler, *Die verträgliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, cit., 83 y ss., en realidad se trata del planteamiento de un falso problema). De este debate sistemático se derivan dos cuestiones concretas, de no poca relevancia: en primer lugar, la decisión de integrar la normatividad en materia de consumidor a los códigos civiles o mantenerla separada en ley especial o en un "código" del consumo. (Así, en el ámbito europeo, mientras que en Alemania, Holanda y en el Marco Común de Referencia se decidió por una integración, en Francia, Italia y Austria, entre otros, se optó por mantener la materia del consumidor separada de la codificación principal). En segundo lugar, y aún más relevante, se plantea la cuestión de si es posible

### 3.2 EL DERECHO (CONTRACTUAL) DEL CONSUMIDOR Y LA MATERIALIZACIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL

No se debe perder de vista que esta materialización tiene lugar en diferentes dimensiones, una consideración que, a menudo, se pasa por alto. Como lo expone con claridad CANARIS, en este contexto se debe distinguir, por una parte, entre libertad contractual (formal y material), y por otra, entre justicia contractual (formal y material)<sup>114</sup>. Al respecto valgan apenas unas breves observaciones.

a) La libertad contractual formal, como es bien sabido, es la garantía de la libertad de acción, neutral, abstracta, "autonomía jurídica garantizada y limitada" por el ordenamiento jurídico<sup>115</sup>, fundamento del carácter vinculante del contrato y que encuentra su principal manifestación en el *pacta sunt servanda*. Desde la dimensión formal de la libertad contractual se facilitan mecanismos para garantizar el procedimiento de formación del consentimiento, pero no se toman en cuenta los posibles desequilibrios reales entre los individuos al momento de contratar, puesto que se parte del principio de la igualdad formal ante la ley<sup>116</sup>.

La materialización de la libertad contractual –o la búsqueda de la garantía de la libertad contractual en sentido material o real– está enderezada precisamente a considerar elementos y circunstancias referidas a la persona del contratante, y así garantizar que se disponga de verdaderas posibilidades de participación en el contrato y que se logre realizar los propios intereses mediante el recurso al mecanismo contractual<sup>117</sup>.

Ahora bien, las dimensiones formal y material de la libertad contractual se encuentran en constante tensión, pues a mayor realización de la libertad con-

(y deseable) extender los mecanismos para la protección del consumidor a otros sujetos que dicha calidad no ostentan. A este respecto es muy dicente e ilustrativa la discusión en la doctrina italiana entre los sostenedores de una "categoría" amplia de contrato asimétrico, que demostraría la fuerza expansiva de la materia del consumidor, y los autores que defienden la necesidad de delinear un nuevo ámbito que no corresponde exactamente con el del consumidor, pero que demanda mecanismos particulares de protección, ámbito que a grandes rasgos abarcaría los denominados contratos B-2-b. Sobre esta discusión, por todos, ROPPO. "Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos", cit., *passim*; ID., *Il contratto del duemila*, cit., 23 y ss., y GREGORIO GITTI/GIANROBERTO VILLA (EDS.), *Il terzo contratto*, Il Mulino, Bologna, 2008.

<sup>114</sup> CANARIS, "Wandlungen des Schuldvertragsrechts", cit., 277 y ss.

<sup>115</sup> KRAMER, *Die 'Krise' des liberalen Vertragsdenkens*, cit., 20.

<sup>116</sup> *Ibid.*, 21; MARIETTA AUER, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2005, 24.

<sup>117</sup> *Ibid.* En palabras, ya clásicas de FLUME, en su *Negocio jurídico*, cit., 33, "en la medida en que en nuestro Ordenamiento jurídico se confía al individuo la regulación de las relaciones jurídicas en uso de autodeterminación bilateral, es decir mediante el contrato, en él subyace el presupuesto de que los individuos están frente a frente con poder de autodeterminación y no que, en vez de una autodeterminación bilateral, tenga lugar una reglamentación heterónoma unilateral".

tractual real, más se erosiona la conservación del vínculo contractual<sup>118</sup>, lo cual se ve reflejado en el funcionamiento de los derechos legales de retractación y, en algunos ordenamientos, en la nulidad que deriva del incumplimiento del suministro de determinada información en ciertos contratos<sup>119</sup>. Es por tal motivo que el derecho solo acude a solucionar los desequilibrios más graves, en cuanto es consciente de que sería contraproducente, si no inviable, minar el vínculo contractual ante cada desequilibrio que, dicho sea de paso, se puede encontrar en toda relación contractual<sup>120</sup>.

Esta materialización de la libertad contractual, vista a través del prisma del derecho del consumidor, se refleja en los nuevos mecanismos que superan la perspectiva formal-negativa de la ausencia de factores perturbadores de la formación del consentimiento (error, dolo, fuerza), y adoptan una perspectiva real-positiva, en la búsqueda de garantizar a los contratantes de la mejor manera posible una auténtica libertad de decisión (deberes de información, nuevas exigencias de forma, derechos de retractación)<sup>121</sup>.

b) Cuestión diferente es la relativa a la justicia contractual, esto es, la proporcionalidad o equilibrio de los derechos y deberes que surgen del entramado contractual, así como de la prestación y la contraprestación asumidas por cada uno de los contratantes<sup>122</sup>. También en este caso es posible contraponer la justicia contractual formal a la justicia contractual material. En el primer sentido, el vínculo que libremente adquiere el individuo se considera como un criterio legítimo de justicia, de manera que el contenido acordado se reconoce como justo<sup>123</sup>. En palabras de CANARIS, el problema de la justicia del contrato reposa primordialmente en la máxima *volenti non fit iniuria*, "que expresa una idea fundamental de justicia, en la medida en que respeta la autonomía de la persona y, así, también su dignidad"<sup>124</sup>. Por este motivo, "en un ordenamiento jurídico en el que la libertad contractual hace parte de sus pilares, la justicia contractual tiene en

<sup>118</sup> CANARIS, "Wandlungen des Schuldvertragsrechts", cit., 279: "a todo contrato es inherente un antagonismo: por un parte, él sirve para la realización de la autodeterminación, pero por otra, sirve a la limitación por medio de la autovinculación"; y más adelante afirma que "el principio de la autodeterminación entendido como libertad real de decisión tiende a la posibilidad de resolución del vínculo contractual".

<sup>119</sup> Así por ejemplo, el BGB alemán, en su § 494, n. 1 (en combinación con el § 492), prevé la nulidad por el no respeto de la forma escrita, con todas las informaciones exigidas.

<sup>120</sup> CANARIS, "Wandlungen des Schuldvertragsrechts", cit., 278; WOLFGANG ZÖLLNER, "Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht", en *AcP*, 196, 1996, 21 y s., 28: "La pregunta determinante [...] solo puede ser cuáles menoscabos de la libertad de decisión son tan relevantes que influyen en la valides del reglamento contractual" (cursiva original).

<sup>121</sup> HANNES UNBERATH, "Vertragsfreiheit", en *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, cit., 1694.

<sup>122</sup> AUER, *Materialisierung*, cit., 23.

<sup>123</sup> *Ibid.*, 23.

<sup>124</sup> CLAUS-WILHELM CANARIS, *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht*, C.H. Beck'schen, Munich, 1997, 46.

esencia un carácter procedimental"<sup>125</sup>, ya que el contenido del contrato, así como la prestación y contraprestación, son respetados y aceptados en cuanto resultado de un procedimiento (la celebración del contrato).

Un desarrollo clásico de esta concepción formal/procedimental de la justicia contractual es la conocida e influyente teoría de la *garantía (probabilidad) de corrección del mecanismo contractual*, propuesta por el jurista alemán WALTER SCHMIDT-RIMPLER<sup>126</sup>. Para este autor el contrato es un mecanismo apto para conseguir una regulación justa sin la intervención soberana del Estado, en vista de que los interesados siempre deben dar su consentimiento<sup>127</sup>; la celebración del contrato forzaría a mutuas concesiones y conduciría, "en un escenario ideal, a la consideración equilibrada de los intereses de ambos contratantes"<sup>128</sup>. En todo caso, consciente del excesivo optimismo de su teoría, este mismo autor posteriormente reconoció que más que a una garantía, en realidad se debía hacer referencia a una *probabilidad* de corrección siempre que se reunieran ciertas condiciones que permitieran presuponer un equilibrio de fuerzas<sup>129</sup>, y por lo tanto, "en el caso de perturbaciones graves de la libertad (real) de decisión, el mecanismo no puede funcionar y, en consecuencia, el derecho objetivo debe entrar en escena en su función controladora y correctiva"<sup>130</sup>.

Por su parte, las concepciones materiales de la justicia contractual hacen énfasis, "al menos en parte, en la equivalencia del contenido de las prestaciones intercambiadas, así como en la proporcionalidad material del contenido del contrato en

<sup>125</sup> CANARIS, "Wandlungen des Schuldsvertragsrechts", cit., 284.

<sup>126</sup> WALTER SCHMIDT-RIMPLER, "Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts", en *AcP*, 27, 1941, y "Wandlungen des Schuldsvertragsrechts", en *FS. für L. Raiser zum 70. Geburtstag*, Mohr, Tubinga, 1970, escrito en el que aclara la posición sostenida en su primera disertación. Sobre las razones de la posición defendida inicialmente en 1941, como el mismo autor lo reconoció posteriormente, estuvo condicionado por una "razón táctica" en cuanto "quería proteger al contrato de la intervención del estado autoritario" ("Wandlungen des Schuldsvertragsrechts", 9), dadas las circunstancias políticas que atravesaba Alemania en aquella época. (Sobre el papel de SCHMIDT-RIMPLER en la defensa de la libertad contractual durante la época del Nacionalsocialismo, BERN RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung*, 3ª ed., C.F. Müller, Heidelberg, 1988, 366 y ss., y más en general sobre las voces que pusieron en tela de juicio la autonomía privada, en particular las posiciones de KARL LARENZ Y W. SIEBERT, 362 y ss.). Para una sintética exposición de las vertientes que se han desarrollado en la doctrina alemana, a partir de la teoría en cuestión, REINHARD SINGER, *Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen*, C.H. Beck, Munich, 1995, 11.

<sup>127</sup> SCHMIDT-RIMPLER, "Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts", cit., 153; SINGER, *Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen*, cit., 10.

<sup>128</sup> AUER, *Materialisierung*, cit., 36.

<sup>129</sup> SCHMIDT-RIMPLER, "Wandlungen des Schuldsvertragsrechts", cit., 12 y s.

<sup>130</sup> CANARIS, *Die Bedeutung der iustitia distributiva*, cit., 49. En palabras de SCHMIDT-RIMPLER, "Wandlungen des Schuldsvertragsrechts", cit., 18, "solamente se tendrá en consideración la idea de la corrección, cuando incorrecciones particularmente graves no permitan realizar la autodeterminación [...] y el contrato, como medio de ordenación, es rechazado o modificado por el Derecho, cuando no existe la autodeterminación de ambas partes, porque la voluntad no es libre, en particular debido a la desigualdad de poder entre las partes".

consideración de la finalidad contractual concreta<sup>131</sup>. En otras palabras, desde este punto de vista, se debe acudir a criterios materiales de justicia con los cuales confrontar el contenido resultante del contrato; no es suficiente la verificación del despliegue adecuado del mecanismo contractual. Sin embargo, como ha sido bien señalado, el problema de estas concepciones que se construyen a partir de criterios materiales radica en "lo sumamente difícil que resulta formular criterios para la exigencia de adecuación *del contenido* de una regulación jurídica, que tengan verdaderamente una fuerza persuasiva"<sup>132</sup>, lo cual encuentra un caso paradigmático en la clásica discusión sobre el justo precio en materia de equivalencia objetiva de las prestaciones<sup>133</sup>.

Esto no quiere decir, sin más, que se rechace cualquier influencia de criterios materiales para la valoración de la justicia del contrato desde el punto de vista de su contenido. En el tema del consumidor que nos ocupa, cuando se reconoce que los mecanismos para la materialización de la libertad contractual no logran eliminar todos los factores de perturbación de la libertad de decisión del consumidor, resulta inevitable recurrir a mecanismos de intervención directa en el contenido del contrato, en la búsqueda de la realización del principio de equivalencia material, ya no solamente referido a la relación entre prestaciones, sino en general a la totalidad del reglamento contractual<sup>134</sup>.

Esta materialización de la justicia contractual en el ámbito del consumidor, como ya se señaló, se ha llevado a cabo, esencialmente, por dos caminos: mediante la expedición de normas imperativas o semi-imperativas y mediante el reconocimiento a ciertas autoridades, y en particular, al juez, de una potestad para controlar el contenido del contrato (cfr. *supra* 2.2 e).

Ahora bien, de estas breves observaciones sobre los distintos planos en los que actúa la materialización salta a la vista que todos ellos guardan relación y entran en "tensión", o quizás mejor, se complementan<sup>135</sup>. Así, no es posible prescindir en ciertos casos de criterios materiales de justicia contractual, en cuanto los mecanismos para la garantía de la libertad contractual material tienen sus límites; a su vez, dicha materialización de la justicia contractual mantiene el carácter de

<sup>131</sup> AUER, *Materialisierung*, cit., 23.

<sup>132</sup> CANARIS, „Wandlungen des Schuldvertragsrechts“, cit., 286. El mismo autor advierte que "una 'materialización' de la justicia contractual es más delicada, puesto que de entrada está sometida a una doble preocupación: que generalmente resulta afectada por una alta incertidumbre desde el punto de vista de su contenido, y además puede entrar fácilmente en conflicto con el *ethos* de la libertad de la sociedad pluralista y 'abierta'".

<sup>133</sup> Sobre las vicisitudes *iustum pretium* como manifestación de las concepciones materiales de la justicia contractual y su "fracaso histórico", ver RAISER, "La funzione del contratto e libertà contrattuale", cit., 98 y ss.

<sup>134</sup> CANARIS, „Wandlungen des Schuldvertragsrechts“, cit., 326.

<sup>135</sup> "La libertad y la justicia no se contraponen sino se complementan": REGEN, *Kein Abschied von der Privatautonomie*, cit., 79, evocando una afirmación de HABERSACK y CANARIS, „Wandlungen des Schuldvertragsrechts“, cit., 286 y s.

excepcionalidad<sup>136</sup> y, por ende, es necesaria una debida fundamentación para su implementación; por su parte, la operatividad de una concepción formal de la justicia contractual está estrechamente vinculada con la materialización de la libertad contractual, puesto que aquella solamente puede sostenerse si se garantizan “los presupuestos y las condiciones para un máximo (relativo) de libertad de decisión real y de justicia en la celebración del contrato”<sup>137</sup>. En pocas palabras, los mecanismos de materialización de la justicia contractual, o mejor, la implementación de una justicia contractual material, tendrá lugar allá en donde los mecanismos de materialización de la libertad contractual resulten insuficientes.

En fin, no debe perderse de vista que todo el proceso de materialización sumariamente descrito es una manifestación indirecta de la influencia de los derechos fundamentales en materia contractual, por cuanto el “contenido normativo [de estos] tiene que desplegarse dentro del derecho privado mediante unas cortes y una legislación activas”<sup>138</sup>. El mandato constitucional de garantía de la efectiva autodeterminación de las personas (art. 16 C.P.) y de la protección a los consumidores (art. 78 C.P.), enmarcado en la cláusula del Estado social de Derecho (art. 1º C.P.), pone al legislador y al juez en la delicada tarea de encontrar el equilibrio entre libertad de la persona y justicia en el contrato<sup>139</sup>.

<sup>136</sup> FRANZ BYDLINSKI, *Das Privatrecht im Rechtssystem einer 'Privatrechtsgesellschaft'*, Springer, Viena-Nueva York, 1994, 65: “para hacer útiles las informaciones diseminadas, que en todo caso son relevantes [...], en necesario un ordenamiento económico organizado de forma descentralizada desde el punto de vista del derecho privado. Sin lugar a dudas, su complemento por medio de elementos estatales de derecho público en múltiples ocasiones es necesario, pero precisamente debe ser fundamentada como excepción, porque esta, en definitiva, surte efecto *contra* la mejor utilización posible de las informaciones fundamentales que se encuentran dispersas”. Ver en este sentido SYBILLE HOFER, *Vertragsfreiheit am Scheideweg*, C.H. Beck, Munich, 2006, 9 y s.

<sup>137</sup> ID., *Die Bedeutung der iustitia distributiva*, cit., 50.

<sup>138</sup> JÜRGEN HABERMAS, *Between Facts and Norms*, trad. W. Rehg, MIT Press, Cambridge, 1996, 396. El mismo autor cita a K. HESSE (*Verfassungsrecht und Privatrechts*, Heidelberg, 1988, 27): “de conformidad con el derecho constitucional, el legislador del derecho privado tiene la tarea de *convertir* el contenido de los derechos fundamentales en un derecho diferenciado y más concreto que sea inmediatamente vinculante para los participantes en una relación jurídica privada. En principio corresponde a la legislación atender a las diversas modificaciones necesarias para lograr la influencia de los derechos fundamentales en el derecho privado”.

<sup>139</sup> En este sentido, entre otras, ver Corte Constitucional, T-338 de 1993 y C-341 de 2006. Como advierte AUER, *Materialisierung*, cit., 12, en el proceso de materialización del derecho contractual entran en conflicto concepciones individualistas y colectivistas. Sin embargo, cada una de ellas tiene un carácter relativo, puesto que, por una parte, la idea de una realización absoluta del individualismo, en el sentido de autodeterminación absoluta, degeneraría en un escenario de validez ilimitada del derecho del más fuerte; por otra, una acentuación exagerada de concepciones colectivistas conduciría a la completa heterodeterminación de los individuos, a la anulación de la libertad contractual y, en última instancia, a la negación de su propio Ser. De allí que, como la autora lo señala, resulta necesario combinar ambas visiones, adoptando un sistema flexible. Cómo identificar los parámetros o criterios a partir de los cuales se establece en qué proporción y en qué situaciones dar cabida a cada una de las concepciones, es otra cuestión, demasiado com-

### 1.3. Conclusiones de la primera parte: el "ambiente" para la garantía de la libertad de decisión (real) del consumidor y su influencia en la interpretación del contrato. Reenvío

Hasta el momento se ha delineado el contexto que se considera indispensable para valorar el tema específico de la función de la intención de los contratantes en los contratos con el consumidor: el énfasis sobre la importancia de la competencia para el derecho contractual y las carencias insalvables de la regulación del mercado; la implementación de nuevos instrumentos que con diferente intensidad buscan solucionar los desafíos que presenta el nuevo contexto de situaciones fisiológicas de desequilibrio entre los contratantes (deberes de información, nuevas imposiciones de forma, derechos de retractación, intervención directa —*ex ante* o *ex post*— en el contenido del contrato). Todos estos mecanismos están encaminados hacia un objetivo: garantizar las mejores condiciones para que el consumidor se autodetermine de forma efectiva y suplir los desequilibrios que inevitablemente terminan consumándose en perjuicio del consumidor; en otras palabras, son el reflejo de la búsqueda constante por conciliar libertad y justicia en el contrato.

El tema del consumidor ha contribuido al gradual proceso de materialización del derecho contractual mediante la incorporación de los mecanismos expuestos, que buscan compensar las carencias derivadas de la debilidad del fundamento del vínculo contractual en los contratos con el consumidor —y no solo en estos—, en cuanto dicho fundamento termina por reducirse a un mero consentimiento formal. Estos mecanismos, que definen lo que podemos llamar el *ambiente* para la garantía de la libertad de decisión del consumidor, contribuyen a la contención de los efectos de ciertas realidades que, de otra manera, terminarían por desvanecer cualquier rastro de voluntad del consumidor, desembocando en la negación de la autodeterminación del individuo.

El cuadro que surge de la exposición realizada sirve de contexto para encuadrar el proceso de interpretación y, en primer lugar, para determinar qué valor o qué papel otorgar a la intención de los contratantes, *règle des règles*, que tradicionalmente ha sido considerada como el reflejo de la libertad contractual en materia de interpretación. Como ya se advirtió en la introducción, la tendencia parece indicar una pérdida determinante de la importancia de la intención de los contratantes en la interpretación de contratos en los que interviene un consumidor, si no su completa irrelevancia. Ante este nuevo escenario, surgen necesariamente varios interrogantes:

¿Ha perdido toda operatividad el recurso a la intención de los contratantes en la interpretación del contrato con el consumidor? ¿O puede reconocérsele una

pleja para tratarla en esta sede. Un especial énfasis en la justicia social hace HABERMAS, *Between Facts and Norms*, cit., 398: "La totalidad del derecho privado ahora parece ir más allá de la meta de salvaguardar la autodeterminación del individuo, con el fin de servir a la realización de la justicia social".

nueva función? Si se concluyera la inutilidad de la intención de los contratantes en la interpretación del contrato con el consumidor, ¿cómo plantear la nueva fisionomía del procedimiento interpretativo del contrato teniendo en cuenta el fundamento legal y la interpretación jurisprudencial que en principio sigue acudiendo a dicha regla?

La respuesta a estos interrogantes, que será el objeto de la segunda parte de este escrito, también permitirá establecer "la relación entre los principios generales del derecho contractual y la disciplina especial de los contratos con el consumidor"<sup>140</sup> para verificar la "compatibilidad y 'resistencia' de los modelos y de las categorías tradicionales respecto a las nuevas leyes en materia de contrato"<sup>141</sup>.

<sup>140</sup> CLAUDIO SCOGNAMIGLIO, "Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori", en *Rivista di diritto commerciale*, 1997, 950.

<sup>141</sup> VINCENZO ROPPO, "La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori", en E. CESARÒ (ed.), *Clausole abusive e direttiva comunitaria*, Padova, 1994, 84.