



Artículo de Revisión

Del contrato con el consumidor al contrato con asimetría de poderes¹ Una aproximación desde el derecho comunitario europeo de los contratos

Juan Ignacio Granados Aristizábal²

● Resumen

El 12 de abril de 2012 entró en vigencia el nuevo Estatuto del Consumidor colombiano, ley 1480 de 2011. Hoy y, durante sus debates en el Congreso nacional, se plantean y se plantearon comentarios relacionados con oportunidad, regulación, y si es una herramienta que avanza o retrocede en la protección del consumidor y el tratamiento de la relación jurídica de consumo. Este escrito se margina de tales discusiones para hacer un análisis dogmático de un tema particular: el contrato con el consumidor que, si bien es cierto, no es el único origen de la relación de consumo, se puede afirmar, sin lugar a equívocos, que es su principal fuente. Para lo anterior, se tratará de “escudriñar” las reflexiones que doctrinaria, legal y jurisprudencialmente se han dado sobre el contrato, no solo en el contexto colombiano sino en el contexto internacional, con la intención de determinar su naturaleza y particularidades y, en este último punto, analizar cuáles de esas particularidades genera asimetría contractual. Finalmente, se hará una reflexión desde el derecho europeo de los contratos, con la intención de determinar cuál es la discusión actual en torno del tratamiento asimétrico derivado del contrato con el consumidor y el tratamiento asimétrico derivado de otras relaciones que encajan dentro de este esquema.

Palabras clave: Contrato con el consumidor, asimetría negocial, información, contratos de adhesión, contratos asimétricos.

¹ Este trabajo hace parte de la revisión bibliográfica de la tesis de Maestría en Derecho Comercial, trabajo que lleva por título: La integración al contrato de las declaraciones publicitarias realizado durante los años 2009-2012 en la Universidad Externado de Colombia

² Abogado de la Universidad de Medellín. Candidato a magíster en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Docente del Programa de Derecho de la Corporación Universitaria Lasallista.

Correspondencia: Juan Ignacio Granados. e-mail: abogado.granados@gmail.com

Artículo recibido: 27/02/2012; Artículo aprobado: 29/04/2012.



From the contract with the consumer to the contract with power asymmetry. A perspective from the European community contract law

Do contrato com o consumidor ao contrato com assimetria de poderes. uma perspectiva desde o direito comunitário europeu dos contratos

● Abstract

On April 12th 2012 the new Colombian Consumer Statute entered into force (Law 1480, 2011). Now, and during the debates on the subject held in the National Congress, comments related to opportunity, regulation and considerations on its conditions to be a tool to advance or retard the protection of consumers and the consumption's legal relationships, were made. This paper gets away from those discussions to focus on a dogmatic analysis of a specific subject: the contract with consumers which -it is true- is not the only origin of the consumption relationship, but it can be said that it is its main source. For the analysis, a "scrutiny" to the existing doctrinal, legal and jurisprudential reflections about contracts was performed, not only in the Colombian context but internationally, aiming to determine its nature and its particularities and, concerning the latter point, analyze which particularities generate contractual asymmetries. Finally, there is a reflection -from the European law- of contracts, aiming to determine what the current discussion is, concerning the asymmetric treatment coming from other relationships that fit within this framework.

Key words: Contract with a consumer, bargaining asymmetry, information, adhesion contracts, asymmetric contracts

● Resumo

No dia 12 de abril de 2012 entrou em vigência o novo Estatuto do Consumidor colombiano, lei 1480 de 2011. Hoje e, durante seus debates no Congresso nacional, propõem-se e se propuseram comentários relacionados com oportunidade, regulação, e se é uma ferramenta que avança ou retrocede na proteção do consumidor e o tratamento da relação jurídica de consumo. Este escrito se margina de tais discussões para fazer uma análise dogmática de um tema particular: o contrato com o consumidor que, conquanto é verdadeiro, não é a única origem da relação de consumo, pode-se afirmar, sem lugar a equívocos, que é sua principal fonte. Para o anterior, se tratará de "vasculhar" as reflexões que doutrinária, legal e jurisprudencialmente se deram sobre o contrato, não só no contexto colombiano senão no contexto internacional, com a intenção de determinar sua natureza e particularidades e, neste último ponto, analisar quais dessas particularidades gera assimetria contratual. Finalmente, se fará uma reflexão desde o direito europeu dos contratos, com a intenção de determinar qual é a discussão atual em torno do tratamento assimétrico derivado do contrato com o consumidor e o tratamento assimétrico derivado de outras relações que encaixam dentro deste esquema.

Palavras importantes: Contrato com o consumidor, assimetria negocial, informação, contratos de adesão, contratos assimétricos.

LA NATURALEZA DEL CONTRATO CON EL CONSUMIDOR

LA FUNCIÓN SOCIO-JURÍDICA DEL CONTRATO

El contrato cumple una importante función socio-jurídica: es el instrumento mediante el cual los sujetos de derecho disciplinan sus intereses patrimoniales (Esborraz, 2006, p.73). Dada su importancia, la regulación del contrato en general y de los diversos tipos contractuales en particular se dio mediante procesos codificadores. Estos procesos estuvieron profundamente influenciados por el espíritu individualista de la era de la codificación, que se basaba en una idea paradigmática, según la cual el contrato es una libre e igualitaria regulación de intereses patrimoniales. En consecuencia, en dichas codificaciones no se contemplaron disposiciones que regularan la asimetría de poderes contractuales, salvo algunas normas en materia de interpretación del contrato a favor del deudor (Polo, 1990, p. 37) o algunas garantías especiales como el beneficio de competencia (Hinestrosa, 2008, p.688), tal como lo contemplan los artículos 1624 y 1684 del Código Civil colombiano.

Pero esa manera de entender el contrato como una libre e igualitaria disposición de intereses no resultó acorde con las nuevas dinámicas del mercado y las pretensiones económicas de sus agentes, consistentes en producir, comercializar y adquirir masivamente bienes y servicios (Mosset & Lorenzetti, 1993, p. 96). Por esa razón, el legislador conservó en los códigos el régimen general del contrato y el tratamiento específico de algunos tipos contractuales, mientras que, a través de procesos descodificadores (Irti, 1992, p. 33), reguló particulares fenómenos negociales con presencia de asimetría de poderes contractuales y se ocupó

de la participación de los agentes en el mercado³.

Producto de esas dinámicas del mercado han ido surgiendo nuevos esquemas de contratación entre los cuales se destaca el contrato con el consumidor. A través de este esquema contractual, el ordenamiento busca poner en consonancia, por un lado, los intereses del empresario que comercializa la gran cantidad de bienes y servicios que produce y, por el otro, los intereses del consumidor que adquiere bienes y servicios para satisfacer sus necesidades personales, familiares y, en algunos casos, empresariales.

EL CONCEPTO DE CONTRATO CON EL CONSUMIDOR

CONCEPTO LEGAL

La relación jurídica de consumo es el eje fundamental del tratamiento normativo de

3 En nuestro ordenamiento jurídico la regulación de los agentes en el mercado inició bajo la vigencia de la Constitución de 1886. Dentro de ese contexto fueron expedidas: Ley 155 de 1959 "Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas"; Ley 9 de 1979 "Por la cual se dictan medidas sanitarias" respecto al control de los alimentos, electrodomésticos, medicamentos y cosméticos"; Ley 73 de 1981 por la cual el estado intervino la distribución de bienes y servicios para la defensa del consumidor, y se concedieron facultades extraordinarias al presidente de la república para dictar disposiciones afines; Decreto Ley 3466 de 1982 "Por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones". Bajo la vigencia de la Constitución de 1991, y en desarrollo de los artículos 78, 88, 333, 334, 365, 369, fueron expedidas: Ley 142 de 1994 "Por la cual se establece el régimen de servicios públicos domiciliarios"; Ley 100 de 1993 referente al sistema general de seguridad social integral; Ley 1328 de 2009 mediante la cual se dictaron normas en materia financiera, de seguros y del mercado público de valores; Ley 1341 de 2009 relativa a las telecomunicaciones; Resolución de la comisión de regulación de telecomunicaciones número 1732 de 2007 "Por la cual se expide el régimen de protección de los derechos de los suscriptores y/o usuarios de los servicios de telecomunicaciones". Actualmente la Ley 1480 de 2011 es el Estatuto del Consumidor colombiano.



la protección del consumidor. Esta relación tiene su principal (Farina, 2005), mas no único origen⁴, (Rinessi, 2006, p. 8) en el contrato con el consumidor el cual tiene unas características especialísimas no presentes en ningún otro esquema contractual que permiten identificar su naturaleza jurídica y su función económica, tal como se presenta a continuación.

La Ley 1480 de 2011 (en adelante el Estatuto) es la normativa que regula en términos generales lo relacionado con el contrato con el consumidor y la relación jurídica de consumo en Colombia, tal como se deduce del artículo 2º que consagra el objeto de la Ley.

Las normas de esta ley regulan los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores, tanto sustancial como procesalmente.

Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial en lo que contraríe las normas establecidas en esta Ley (Ley 1480 de 2011, 2011) (Resalto propio).

Como se lee, el Estatuto no consagró un concepto de contrato con el consumidor sino que contempló una categoría aún más amplia (Rinessi, 2006, p.12): la relación jurídica de consumo. Pese a lo anterior, definió unos elementos que permiten aproximar un primer concepto del esquema contractual.

El artículo 5 de la Ley definió lo siguiente:

⁴ El artículo 2 de la Ley 1480 de 2011 es lo suficientemente amplio, pues abarca no solo la relación de consumo creada por el contrato, sino también la derivada de los hechos o actos jurídicos vinculados al acto de consumo, así como la conexidad contractual resultante de las implicaciones del sistema.

Consumidor o usuario: Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario.

Producto: Todo bien o servicio;

Productor: Quien de manera habitual, directa o indirectamente, diseñe, produzca, fabrique, ensamble o importe productos. También se reputa productor, quien diseñe, produzca, fabrique, ensamble, o importe productos sujetos a reglamento técnico o medida sanitaria o fitosanitaria; Proveedor o expendedor. Quien de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos con o sin ánimo de lucro.

Utilizando los anteriores elementos se puede afirmar que, desde una perspectiva legal, el contrato con el consumidor será aquel en virtud del cual una persona contrata, como destinatario final, con un productor, proveedor o expendedor⁵, la adquisición, disfrute o utilización de un determinado producto para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar, doméstica o empresarial, cuando no esté ligada intrínsecamente⁶ a su actividad económica.

Como se observa, la anterior definición, a diferencia de la que se estructurará con base en el Decreto 3466 de 1982⁷, permite definir con mayor

⁵ Con la intención de unificar terminología, los conceptos de productor, proveedor o expendedor se tratarán genéricamente con el concepto de empresario.

⁶ Este concepto que no aparecía en el Decreto 3466 de 1982 es sumamente importante para el nuevo Estatuto. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española lo define como: Íntimo, esencial. Estos elementos se analizarán posteriormente. http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=intrinseca. Consulta realizada el 18 de abril de 2011.

⁷ Con base en el Decreto 3466 de 1982, el contrato con

precisión la categoría contrato con el consumidor. Tal definición delimita con mediana claridad cuándo una relación jurídica está instrumentada por un contrato con el consumidor o cuándo, a través de un contrato de derecho común⁸, delimitación que tiene una trascendental consecuencia ya que permite identificar el régimen jurídico a aplicar a dicha relación.

CONCEPTO JURISPRUDENCIAL

La vaguedad de la categoría contrato con el consumidor, construida en el Decreto 3466 de 1982, llevó a la jurisprudencia nacional a precisar dicho concepto con la intención de diferenciarlo de otras relaciones jurídicas ajenas a este esquema contractual.

En efecto, la Corte Constitucional planteó que el contrato con el consumidor “constituye una particular categoría que surge entre quienes se dedican profesionalmente a elaborar o proveer bienes o prestar servicios con quien los adquiere con el fin de consumirlos”⁹. En similar sentido, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, al analizar la viabilidad de aplicar a una relación concreta las disposiciones del Decreto 3466 de 1982, expuso que

...emerge que la demandante no describió dentro de su causa pretendi ninguna circunstancia específica –verbigracia, la calidad de las partes, la destinación de los bienes o servicios, etc.– que apuntara a demostrar que, de una u otra manera,

el consumidor sería aquel en virtud del cual una persona natural o jurídica llamada consumidor, contrata con un empresario, la adquisición, utilización o disfrute de un bien o servicio para la satisfacción de una o más necesidades.

⁸ Con el concepto “contrato de derecho común” se hace referencia a los contratos regulados en el código civil y el código de comercio. Para un análisis más amplio de la categoría, ver: Vincenzo Roppo. El contrato del dos mil. Ensayos de la revista de Derecho Privado n°1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 36 ss.

⁹ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1141 de 2000. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Colombia Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución sic 3561 de 2006.

se había visto involucrada en una «relación de consumo», que es la que determina la aplicación de las normas especiales¹⁰.

En estos pronunciamientos la jurisprudencia propuso varios parámetros que permiten identificar la categoría de contrato con el consumidor. Por un lado, planteó que el contrato con el consumidor es aquel celebrado entre un empresario y un consumidor, es decir, atiende un parámetro subjetivo. Por otro lado, enfatiza que la destinación del bien que se adquiere a través de un contrato de consumo tiene que estar marginada, al menos sustancialmente, de una actividad empresarial y, sí, estar relacionada con la satisfacción de una necesidad personal o familiar del adquirente. Es decir, atiende un parámetro objetivo.

En gracia de rigor teórico, valga recordar que los anteriores pronunciamientos fueron planteados bajo el análisis del Decreto 3466 de 1982. Sin embargo, en ellos se observa la lectura de vanguardia que hizo la jurisprudencia a la categoría de contrato con el consumidor al punto de que tales pronunciamientos guardan estricta coherencia con el concepto de contrato con el consumidor construido bajo el rasero del nuevo Estatuto.

CONCEPTO EN LA DOCTRINA

Siguiendo alguna doctrina especializada, el contrato con el consumidor es aquel celebrado “entre un consumidor y un operador económico profesional, relativo a la adquisición de bienes o servicios suministrados por este último” (Roppo, 1997, p. 35). En palabras de Stiglitz, el contrato con el consumidor es el que se concluye

¹⁰ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 03 de mayo de 2005. M. P. Cesar Julio Valencia Copete. ver: Rubén Stiglitz. Contrato de consumo y cláusulas abusivas. Ponencia presentada dentro del marco de la conferencia sobre “derechos del consumidor” en la Universidad Externado de Colombia, 1998.



...entre un consumidor final –persona física o jurídica–, con una persona física o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada y que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los mismos por parte del primero, para su uso privado, familiar o social (Stiglitz, 1997, p. 67).

En similar sentido se ha pronunciado la doctrina nacional al exponer que el contrato con el consumidor se enmarca dentro de un

... sin número de contratos cuyo común denominador y diferencia específica es la presencia de una empresa empresario que suministra determinados productos o servicios y la de un consumidor, vale decir, de un individuo que, a través del contrato, busca la satisfacción de necesidades propias y personales (Suescún, 2003, p. 22).

Hasta ahora, puede afirmarse que la determinación de la categoría contrato con el consumidor pasa por varios análisis. Un análisis subjetivo que tiene por objeto identificar las calidades de las partes en el contrato, es decir, un consumidor de un lado y un empresario del otro. El otro es un análisis objetivo, es decir, aquel que tiene por objeto determinar la destinación que el adquirente hace del producto adquirido, ya que solo se estará ante un contrato con el consumidor cuando el producto se destine a satisfacer necesidades personales, familiares o empresariales, en este último caso, siempre que no estén ligadas íntima ni esencialmente al desarrollo de un objeto empresarial.

CONCEPTO DE CONSUMIDOR

CONCEPTO LEGAL

El numeral 3 del artículo 5 del Estatuto define al consumidor como:

Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario.

Otros estatutos especiales traen una definición de consumidor propia de su segmento de mercado¹¹. Por ejemplo, el Estatuto de Protección al Consumidor Financiero define al consumidor como “todo cliente, usuario o cliente potencial - persona natural o jurídica- de las entidades vigiladas”¹². El numeral 33 del artículo 14 de la ley 142 de 1994, relativa al régimen de los servicios públicos domiciliarios, define al consumidor como la “Persona natural o jurídica que se beneficia con la prestación de un servicio público, bien como propietario del inmueble en donde este se presta, o como receptor directo del servicio” (Ley 142 de 1994, 1994).

El nuevo Estatuto da mayor precisión a la categoría de consumidor, ya que delimita el concepto

¹¹ Por ejemplo, ver: Resolución 1732 de 2007 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, que define al usuario de los servicios de telecomunicaciones.

¹² Según lo dispuesto en los literales a, b y c de la ley 1328 de 2009, se entiende por cliente a la persona natural o jurídica con quien las entidades vigiladas establecen relaciones de origen legal o contractual, para el suministro de productos o servicios, en desarrollo de su objeto social; por usuario, a la persona natural o jurídica quien, sin ser cliente, utiliza los servicios de una entidad vigilada, y por cliente potencial es la persona natural o jurídica que se encuentra en la fase previa de tratativas preliminares con la entidad vigilada, respecto de los productos o servicios ofrecidos por esta.

apelando a un elemento objetivo: la destinación final del producto. Es decir, solo será considerado consumidor aquella persona que adquiera un producto como su destinatario final para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar, doméstica o empresarial que no esté ligada intrínsecamente a una actividad económica. Dicha precisión sirve de criterio hermenéutico para otras definiciones de consumidor que adolecen esta precisión¹³.

CONCEPTO JURISPRUDENCIAL

Los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales que han tenido por objeto identificar la condición de consumidor se concretan en la siguiente reflexión:

Siempre será forzoso indagar en torno a la finalidad concreta que el sujeto -persona natural o jurídica- persigue con la adquisición, utilización o disfrute de un determinado bien o servicio, para reputarlo consumidor sólo en aquellos eventos en que, contextualmente, aspire a la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar, doméstica o empresarial -en tanto no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica propiamente dicha, aunque pueda estar vinculada, de algún modo, a su objeto social-, que es lo que constituye el rasgo característico de una verdadera relación de consumo¹⁴.

13 El Estatuto del Consumidor es una norma general y subsidiaria que puede aplicarse a otros renglones del mercado que tengan o no una regulación especial, tal como lo consagra el art. 2 del estatuto del consumidor: *“las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial en lo que contraríe las normas establecidas en esta ley”*.

14 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 03 de mayo de 2005. M. P. César Julio Valencia Copete. Una postura similar es la adoptada por la Superintendencia de Industria y Comercio. Ver conceptos: 96027242 de 2 de septiembre de 1996; 96060904 de 28 de noviembre de 1996; 97023655 de 15 de julio de 1997; 99067274 de 4 de febrero de 2000; 02108233 de 17 de enero de 2003 y

Como se observa, para la jurisprudencia es determinante que solo puede adquirir el estatus de consumidor aquella persona que adquiera un bien o servicio con el objeto de consumirlo finalmente en una actividad personal, familiar y, eventualmente, empresarial, en la medida que no esté ligado íntima ni esencialmente a un objeto empresarial.

CONCEPTO EN EL DERECHO COMPARADO

Varias legislaciones plantean su definición de consumidor. El artículo 13 del BGB define al consumidor como “toda persona natural que celebra un negocio jurídico con una finalidad que no guarda relación con su actividad empresario empresarial o autónoma”. El artículo 3 del Real Decreto legislativo 1 de 2007, de Defensa de Consumidores y Usuarios española, consagra que “son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o empresario”

Finalmente, el Código de Protección y Defensa del Consumidor Peruano¹⁵ ha definido que los consumidores son “las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o empresario” (Ley 29571).

CONCEPTO DE LA DOCTRINA

Para la doctrina especializada el consumidor es

03025237 de 9 de mayo de 2003; Compendio de Doctrina sobre protección del consumidor 1992 - 1999, Ministerio de Desarrollo Económico, Superintendencia de Industria y Comercio, 2000, p. 152 - 160.

15 Identificado con el número 29571 del 02 de septiembre de 2010.



aquella persona que adquiere bienes o servicios para satisfacer “necesidades personales o familiares sin integrar tales bienes o servicios en ningún proceso negocial ulterior (en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación terceros)” (Alterini, 2001, p. 430)

Schricker afirma que consumidor es la persona, individual o jurídica, ubicada al final de circuito económico, ya que pone fin, a través del consumo o del uso, a la vida económica del bien o servicio. Ello significa que queda excluido del concepto el consumidor industrial o revendedor, ya que se halla en el mercado en un nivel similar, o próximo al del fabricante y compiten entre sí¹⁶.

Similar concepto consagra el Proyecto de Marco Común de Referencia Europeo preparado por el Grupo de Estudio sobre un nuevo Código Civil Europeo y el Grupo de Investigación en Derecho Privado CE. Aquel concibe al consumidor como “toda persona física que actúa principalmente para fines que no están relacionados con su actividad comercial, industrial o empresarial”.

En conclusión, puede decirse que la categoría de consumidor se establece mediante un parámetro objetivo que es la destinación final que se haga del producto adquirido. Es decir, solo será

considerado consumidor aquella persona que adquiera un producto como su destinatario final para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar, doméstica o empresarial que no esté ligada intrínseca, es decir, ni íntima ni esencialmente, a una actividad económica.

EL CONSUMIDOR COMO PARTE DÉBIL EN LA CONTRATACIÓN

El contrato con el consumidor juridiza dos hechos económicos: la producción y la comercialización masiva de productos destinados a la satisfacción de necesidades personales, familiares y, eventualmente, empresariales (Gherzi, 2002, p.35). En otros términos, este contrato crea una correspondencia entre el modo de producción de determinados bienes y servicios con la estructura de su negociación (Weingarten, 2007, p.138). Sin embargo, el hecho de que los productos adquiridos mediante este contrato estén destinados a satisfacer necesidades finales especialísimas, algunas veces humano¹⁷, hace que el esquema de contratación albergue genéticamente la asimetría de poderes contractuales (Roppo, 2009, p. 17 y Pérez, 2004, p. 3).

Hay asimetría en toda relación en la que exista una parte con un poder contractual predominante sobre la otra, sea por su nivel de conocimiento, sea por su poder de negociación, o sea por las características de los productos que produce o comercializa. Tales circunstancias propician situaciones que afectan la libertad contractual, comportan abuso de derecho, generan desequilibrios, establecen condiciones generales sorpresivas o disimuladas, en suma, situaciones que vulneran los postulados de la buena fe objetiva. (Rinessi, 2006, p.27)

16 Gerhard Schricker. “Concorrenza sleale e tutela dei consumatori”, en *Revista de diritto industriale*, S.L, 1974, S.p; José Mélich Orsini. Las particularidades del contrato, con *las particularidades del contrato con consumidores*. Conferencia dictada en la Universidad Externado de Colombia, el día 10 de septiembre de 1998 con ocasión del congreso sobre “El contrato y el sistema jurídico latinoamericano”, organizado con dicha Universidad en cooperación con el Centro Di StudiGiuridici Latinoamericani de la Universidad Tor Vergara; Luis González Vaqué. “La noción de consumidor en el derecho comunitario del consumo”, en *Estudios sobre consumo*, vol. 18. n° 75, Madrid, Instituto Nacional del Consumo, 2005, p. 35; Francesco Astone. “Ambito di applicazione soggettiva. la nozione di ‘consumatore’ e ‘professionista”, en AA VV. *Il codice civile, comentario, clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, Bologna, Giuffrè, 2003, p. 168; E Gabrielli. “Sulla nozione di consumatore”, nn AA VV. *Etudi in onore di c.m Bianca*. iii. Milano, Giuffrè, 2006, p. 227. Numeral i, del art i: 105 del capítulo i de los principios, definitions and model rules of european private law. Dranft common frame of reference.Prepared by the study group on a europeancivil code and the research group on ec private low.Europeanlawpublishersgmbh, munich. 2009.

17 Piénsese por ejemplo en la adquisición de los alimentos que integran la canasta familiar, de medicamentos, de servicios públicos esenciales, de vestuario, de servicios médicos.

Es por lo anterior que nuestro ordenamiento jurídico ha estructurado el tratamiento del contrato con el consumidor bajo el paradigma de la asimetría contractual entre empresarios y consumidores¹⁸. Prueba de ello es que el constituyente de 1991¹⁹ consagró en el artículo 78 que los derechos de los consumidores fueran considerados derechos colectivos²⁰. La motivación de la inclusión de dicho artículo tuvo como razón determinante la condición asimétrica de las partes en los contratos con consumidores. En tales términos se pronunció la Asamblea Nacional Constituyente al afirmar que:

Los consumidores y usuarios han tenido una *condición de inferioridad manifiesta ante los productores y comerciantes*. Frente a esta situación el artículo que recomendamos (refiriéndose al artículo 78 de la Constitución) consagra expresamente la intervención del poder público a favor de los consumidores y usuarios para hacer efectivos sus derechos a la salud, seguridad, información, libre elección, adecuado aprovisionamiento y para protegerlos también contra todo indebido aprovechamiento de sus *condiciones de indefensión o subordinación*²¹

18 Esta fue una de las motivaciones que sustentaron el nuevo Estatuto del Consumidor, tal como se expuso en los objetivos del informe de ponencia del proyecto de ley presentado a la cámara de representantes *“así las cosas, desde el punto de vista jurídico, el constituyente de 1991, partió del supuesto que en la relación jurídica de consumo, el consumidor se encuentra en condiciones objetivas de inferioridad respecto del productor y proveedor y ese supuesto es fundamental para la elaboración y desarrollo de la presente norma”*. Resalto propio.

19 A diferencia de la Constitución de 1886 que no reconocía tal situación asimétrica. Como lo dice CAYCEDO, *“...el artículo 32 de la Constitución Política de 1886... no reconoció una especial condición de desigualdad o vulnerabilidad del consumidor y, por lo mismo, no incorporó un criterio constitucional valorativo particular que encausara el sentido de la intervención del Estado en la “producción, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados” con un propósito explícito de protección o especial tutela del consumidor...”*. Ver. Carlos Germán Caycedo Espinel. *Notas sobre la Doctrina Constitucional referente al derecho de protección a consumidores y usuarios en Colombia*, Manuscrito, s. l, s.e, p. 1.

20 Esta misma consideración ha sido acogida por la jurisprudencia nacional. al respecto ver: Colombia. Corte Constitucional. Sentencia de Tutela T-145 de 2004. M.p. Álvaro Tafur Galvis.

21 Informe de ponencia sobre “derechos colectivos”,

(Constitución Política de Colombia, 1991) (Resalto propio).

Similares reflexiones ha planteado la jurisprudencia constitucional. La Sentencia C-1141 de 2000 sostuvo que *“la Constitución ordena la existencia de un campo de protección a favor del consumidor, inspirado en el propósito de restablecer su igualdad frente a los productores y distribuidores, dada la asimetría real en que se desenvuelven las personas que acuden al mercado en pos de la satisfacción de sus necesidades humanas”*. La misma sentencia expone que *“en el plano constitucional, el régimen de responsabilidad del productor y del distribuidor corresponde al esquema ideado por el constituyente para poner término o mitigar la asimetría material que en el mercado padece el consumidor y el usuario”*. Igualmente, plantea que la razón de ser del esquema de responsabilidad en las relaciones de consumo *“estriba en la necesidad de compensar con medidas de distinto orden la posición de inferioridad con que consumidores y usuarios, por lo general dispersos y dotados de escasos conocimientos y potencialidades, enfrentan a las fuerzas de la producción y comercialización de bienes y servicios, necesarios en orden a la satisfacción de sus necesidades materiales”*. Sigue diciendo la Corte que la:

Relación de consumo constituye una particular categoría que surge entre quienes se dedican profesionalmente a elaborar o proveer bienes o prestar servicios con quien los adquiere con el fin de consumirlos; y es precisamente el consumidor, quien, por encontrarse en condiciones de *vulnerabilidad económica y de desequilibrio*, es destinatario de una especial protección normativa; por supuesto que la profesionalidad del productor, que lo hace experto en las materias técnicas y científicas en torno de las cuales realiza su labor, su sólida capacidad económica, su vocación para contratar masivamente, las modalidades de contratación a las que acude, entre muchas otras

asamblea nacional constituyente – gaceta constitucional n° 46



peculiaridades, lo sitúan en un plano de *innegable ventaja negociada* que reclama la intervención de legisladores y jueces con miras a *restablecer el equilibrio perdido*²² (Sentencia C-1141 de 2000, 2000)(Resaltos propios).

En otra sentencia la Corte toma la misma posición al sostener que:

El legislador no goza de libertad absoluta para configurar el régimen de los derechos de los consumidores, pues la Constitución le impone tener en cuenta, para el efecto, la protección integral establecida en su favor en el mismo texto superior. Ello comporta el necesario examen de las situaciones que rodean el desenvolvimiento del proceso productivo -que constituyen la base de la protección constitucional-, para producir normas que armonicen con el ánimo del Constituyente de contrarrestar la *desigualdad que las relaciones del mercado suponen* (Sentencia C-973 de 2002, 2002)(Resalto propio).

Posteriormente propone que:

... la Corte recuerda que contrariamente a lo que el actor aduce, la norma acusada, así como el conjunto de disposiciones que regulan la responsabilidad de los productores por la idoneidad y calidad de sus bienes y servicios lo que hacen es *asegurar el equilibrio* entre productores y consumidores que se encuentran, por las características mismas del proceso productivo, en una relación efectivamente desigual, pero en la que *la parte más débil no es el productor sino el consumidor*. En este sentido cabe reiterar que el régimen de responsabilidad del productor que se establece en el artículo referido, con la excepción a que se hará referencia más adelante, corresponde al esquema ideado por el Constituyente para responder a la *asimetría del mercado* en el que el consumidor o usuario se encuentra en *situación de desventaja*²³. (Sentencia C-973 de 2002,

22 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1141 de 2000. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz

23 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-973 de

2002)(Resaltos propios).

PRINCIPALES FACTORES DE DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL EN EL CONTRATO CON EL CONSUMIDOR

Los principales factores que generan asimetría de poderes en el contrato con el consumidor son dos: el desequilibrio informativo o cognoscitivo y el poder del empresario para estructurar el contenido del contrato.

ASIMETRÍA INFORMATIVA

El numeral 7 del artículo 5 del Estatuto del Consumidor define la información como

...todo contenido y forma de dar a conocer la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad, y toda otra característica o referencia relevante respecto de los productos que se ofrezcan o pongan en circulación, así como los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización.

Como podrá leerse, la información es un bien porque tiene un valor económico determinado por las circunstancias y por la utilidad que representa para los contratantes (González, 2000, p. 292 y Morales, 2008, p. 15). Sin embargo, consumidores y empresarios no tienen durante los tratos previos²⁴

2002 M. P. Álvaro Tafur Galvis. en similar sentido: Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 2009. M. P. Enrique Gil Botero.

24 Si bien es cierto, el objeto de la investigación que dio origen a este escrito centró su atención en la asimetría la información durante *in contrahendo* del contrato con el consumidor,

al contrato la misma calidad ni capacidad de análisis de la información referente al producto negociado. La realidad del empresario le permite tener un mayor conocimiento, sea porque su capacidad económica le facilita la adquisición de dicha información, sea porque es aquel quien impulsa el desarrollo tecnológico para la fabricación de los productos o estructuración de sus servicios y, en todo caso, porque su condición de empresario le impone el deber de consultar y conocer toda la información relativa a los productos o servicios ofrecidos.

Similares reflexiones ha hecho la Corte Constitucional al plantear que:

Es deber del órgano legislativo tener en cuenta las relaciones asimétricas que generan la manufactura, comercialización, distribución y adquisición de bienes y servicios, y que surgen del papel preponderante del productor en cuanto a él compete la elaboración del bien o la modelación del servicio imponiendo condiciones para su funcionamiento y utilización, así como de la ventaja del distribuidor o proveedor en razón de su dominio de los canales de comercialización de los bienes y servicios; pero sobre todo, la ley debe observar con atención la indefensión a la que se ve sometido el consumidor en razón de la necesidad que tiene de obtener los bienes ofrecidos en el mercado²⁵.

En definitiva, es evidente el desequilibrio informativo existente entre quien realiza una pluralidad de contratos del mismo tipo y con el mismo objeto y quien solo ocasionalmente realiza un contrato de esa naturaleza para satisfacer necesidades especialísimas. Por un lado, el empresario conoce a la perfección los posibles

vicios, defectos y quiebras o puntos negros en general de los productos o servicios que él mismo produce o distribuye en masa, pero no solo eso, sino que la experiencia acumulada a través de los múltiples contratos del mismo tipo celebrados, permite a la parte empresario conocer cuáles son los riesgos que pueden acaecer a lo largo de la relación contractual y parapetarse de los mismos tras cláusulas contractuales que los trasladen a otra parte (Conradi, 2009, p. 284).

CONTRATACIÓN POR ADHESIÓN O BAJO CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN

La otra circunstancia que genera asimetría en el contrato con el consumidor es la posibilidad que tiene el empresario para configurar unilateralmente el contenido del contrato. Si el empresario necesita comercializar ágilmente sus productos o servicios a bajos costos de transacción, diseña, mediante contratos de adhesión²⁶ o mediante condiciones generales de contratación²⁷, un reglamento que pueda utilizar masivamente y que le ahorre, *ex ante*, el desgaste logístico y económico de la negociación individual. Lo anterior conlleva a que un reglamento contractual configurado en los anteriores términos refleje, con mayor preferencia, los intereses del predisponente sobre los del adherente (Mosset, 1998, p. 135).

²⁶ Los contratos de adhesión son definidos por el numeral 4 del artículo 5 Estatuto del consumidor como "es aquel en el que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas".

²⁷ Una definición concreta de lo que se ha entendido por condiciones generales de de contratación nos la plantea Bianca. Aquel entiende por tales a las "cláusulas que un sujeto, llamado predisponente, utiliza para regular, de manera uniforme, sus relaciones contractuales las condiciones están destinadas a regular una serie indefinida de relaciones, en contraposición a las cláusulas que específicamente elaboran las partes en las relaciones particulares". Massimo Bianca. Op. Cit, p. 363-364. El Estatuto del Consumidor no define el concepto de condiciones generales de contratación, más sí, en algunas disposiciones, les da un tratamiento específico. Ver: artículos 34, 37, 39, 48, 50, 58, 59.

esta asimetría puede presentarse a lo largo del *iter* contractual. Para un desarrollo más amplio del deber de información en el periodo de ejecución y terminación del contrato: Jeannette Namén Baquero. "La obligación de información en las diferentes fases de la relación de consumo", en Revista E-mercatoria, vol. 8, n°1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

²⁵ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 973 de 2002. M. P. Álvaro Tafur Galvis.



En similar sentido se ha pronunciado la doctrina española al decir que

...estas circunstancias acostumbran a propiciar una situación de desigualdad entre las partes que contratan, en la medida en que el que ostenta mayor poder ocupa una posición más preponderante que puede desembocar en un aprovechamiento de la parte débil, mediante la introducción de estipulaciones o pactos, en el contrato, que pueden ser abusivos (Gete-Alonso, 2000, p. 579).

Afines reflexiones ha planteado la jurisprudencia nacional al manifestar, en relación con el clausulado de un contrato de seguro, que:

La calificación de abusiva, leonina o vejatoria -entre otras denominaciones más enderezadas a relieves el resquebrajamiento o erosión de la justicia contractual- de una cláusula que, como la aquí colacionada, impone al asegurado o beneficiario la carga de probar su derecho de una manera específica -o tarifaria-, limitando por esta vía indebidamente los diversos medios de prueba a su disposición, en contra de la preceptiva legal imperante, responde, preponderantemente, al hecho de que ella socava el equilibrio prestacional que, en línea de principio, debe existir en todo contrato, en la medida en que agrava -sin contrapartida- las condiciones en que aquellos pueden solicitar del asegurador que cumpla con su obligación de "pagar el siniestro", concretamente como corolario de la acreditación de la ocurrencia o materialización del riesgo asegurado (onus probandi)²⁸.

Seguidamente, manifiesta que:

Lo abusivo -o despótico- de este tipo de cláusulas -que pueden estar presentes en cualquier contrato y no sólo en los de adhesión o negocios tipo-, se acentúa aún más si se tiene en cuenta que

28 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 02 de febrero de 2001. M. P. Carlos Ignacio Jaramillo.

el asegurador las inserta dentro de las condiciones generales del contrato (Constitución Política de Colombia, 1991.), esto es, en aquellas disposiciones -de naturaleza volitiva y por tanto negocial- a las que se adhiere el tomador sin posibilidad real o efectiva de controvertirlas, en la medida en que han sido prediseñadas unilateralmente por la entidad aseguradora, sin dejar espacio -por regla general- para su negociación individual.

El fenómeno de las condiciones generales de contratación y los contratos de adhesión se han extendido de forma tal que difícilmente los consumidores pueden acceder a los bienes o servicios sin someterse a los reglamentos contractuales que las empresas predisponen (Bianca, 2007, p. 363). Sin embargo, contrario a lo que pareciese, el contrato de adhesión o bajo condiciones generales de contratación es un mecanismo necesario en el mercado²⁹ ya que agiliza el número de transacciones. Pese a lo anterior, la forma de estructurar su contenido y la integración de los derechos y obligaciones que de él se derivan deben sujetarse a sustanciales revisiones ex ante y ex post con la intención de evitar el abuso del derecho en el mercado (Rengifo, 2004, p. 190).

Siendo así, puede advertirse que las principales circunstancias que rodean la asimetría contractual en las relaciones de consumo, esto es, el desequilibrio informativo y la contratación por adhesión o bajo condiciones generales pasan por ser simplemente ocasionales para convertirse en estructurales. Sin embargo, buscar que exista una absoluta simetría informativa entre consumidor y empresario es más que quimérico, al igual que lo sería buscar que todas y cada una de las negociaciones tendentes a la comercialización de bienes o servicios de consumo pasaran por una

29 César Carranza. "Sobre las cláusulas abusivas. una mirada al ámbito civil y de protección al consumidor de Perú", en *Revista holística jurídica* #7. Medellín, Universidad de San Buenaventura, 2007, p. 55. En igual sentido, Luis Díez-Picazo y Luis Ponce de León. *Derecho y masificación social. tecnología y derecho privado (dos esbozos)*, 2ªed., Madrid, Civitas S. A, 1987, p. 43.

negociación personalizada. Por lo anterior es que la celebración de estos contratos debe someterse al estricto cumplimiento de reglas, funciones y controles anteriores y posteriores con la intención de proteger intensamente los intereses de los consumidores.

En suma, puede decirse que la naturaleza del contrato con el consumidor está determinada por varios factores. El primero de ellos se refiere a la calidad de las partes vinculadas, esto es, al empresario y al consumidor. El segundo, que pasa por un análisis objetivo, está relacionado con la destinación efectiva que se haga del producto adquirido, esto es, su consumición final. Por último, el contrato se caracteriza por que sus partes están en una relación asimétrica determinada por sus niveles cognoscitivos y por su poder de negociación.

DEL CONTRATO CON EL CONSUMIDOR AL CONTRATO CON ASIMETRÍA DE PODERES

La asimetría en los contratos con consumidores ha hecho que el legislador estructure una serie de remedios contractuales que tienen por objeto restablecer el equilibrio jurídico y económico del contrato, tales como: estrictos deberes de información durante todo el *iter* contractual, el control previo y posterior de cláusulas contractuales, los regímenes especiales de garantías por productos defectuosos, los regímenes especiales de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, el derecho de retracto en algunas hipótesis, entre otros. Sin embargo, algunos de estos remedios que tradicionalmente han tenido como destinatario exclusivo al contrato con el consumidor tienden a extenderse a todos aquellos contratos que se hayan celebrado en condiciones asimétricas con independencia de

que se trate de un contrato con consumidores³⁰. Lo anterior se debe a que la asimetría de poderes no es una situación de clase, es decir, predicable exclusivamente de los contratos con consumidores. Por eso es que la preocupación por resolver los problemas que se derivan de tal asimetría incumbe el entero eje de la justicia contractual y, por ende, involucra a la entera contratación.

Sobre este punto, la doctrina italiana ha sido una de las que ha dado mayores opiniones al respecto. Bigliuzzi-Geri ha dicho que es “irracional y contraria a la buena fe una limitación que penaliza a los profesionales, aun cuando contraten en la misma posición de debilidad de los consumidores”³¹. Igualmente, Oppo ha planteado los siguientes interrogantes: ¿se justifica excluir de esta tutela al empresario y sobretodo se justifica excluir a la empresa débil respecto de la empresa fuerte?, ¿o será mejor trabajar con los elementos que da el respeto a la buena fe para tratar de superar lo que a mí me parece una incoherencia³²? También Ruffolo y Alvisi han expuesto que no es “congrua la discriminación de la tutela entre consumidores y otros sujetos igualmente débiles, pero diferentes a la persona física o por ser profesionales de los sectores menores”³³.

30 Si bien es cierto ésta es la tendencia de la doctrina especializada, nuestra jurisprudencia aun se muestra reacia a esta postura. en esos términos quedó expuesto en la sentencia del tres (3) de mayo de dos mil cinco (2005) de la corte suprema de justicia-sala de casación civil, al afirmar que “el hecho de que la relación entre las empresas demandante y demandada se haya presentado en el marco de su actividad empresario o empresarial, determina, en principio, que no haya lugar a presumir o entender que la sociedad actora se encontraba en una posición de debilidad económica, informativa, técnica o de cualquier otro orden; en todo caso, aun si se presentara cualquier asimetría o desequilibrio en una relación entre profesionales - que suele ocurrir -, ello no convertiría *per se* a la parte débil en consumidor, ni habilitaría la aplicación del régimen propio de ellos, toda vez que cualquier situación abusiva que pudiera darse o cualquier responsabilidad en la que pudiera incurrirse, como la derivada de productos defectuosos que aquí se ha invocado, no quedaría desamparada, sino que simplemente estaría sometida a las normas generales, que no a aquellas destinadas a los consumidores”.

31 Lina Bigliuzzi-Geri. *Commentario al capo xiv bis del codice civile: dei contratti del consumatore*. art. 1469bis-1496 sexies, C.M Bianca y FD Busnelli (eds). cedam. Padova, p. 81

32 G. Oppo. *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, Cedam, Padova, 1996, p. 3

33 Hugo Ruffolo y C. Alvisi *Clausule vessatorie e abusive*:



El derecho europeo de los contratos, primordialmente aquel contenido en las directivas, nació y se desarrolló como derecho del consumidor³⁴ destinado a la regulación de aquellas operaciones del mercado denominadas Business to Consumer -B2C- (Roppo, 2009, p.3). Sin embargo, aunque su origen fue el contrato con el consumidor, ha ido cambiando su concepción, al punto que hoy son varios los ejemplos en los que se aplican los remedios contractuales propios de los contratos con consumidores a otras relaciones asimétricas que no encuadran dentro del esquema B2C (Roppo, 2009, p. 18). Es decir, “el legislador europeo se concentra cada vez más en los contratos asimétricos en lugar de hacerlo en los contratos con el consumidor” (Roppo, 2009, p.3), lo que no implica, en ningún momento, la eliminación de la categoría contrato con el consumidor; todo lo contrario, la reafirma pero deja de ser el centro de referencia del derecho contractual europeo.

Dentro de la anterior concepción, la doctrina europea ha construido la categoría de contrato asimétrico que, sin lugar a dudas, recoge la categoría B2C como una de sus principales especies, mas no la circunscribe exclusivamente a tal esquema. En efecto, los contratos asimétricos han sido definidos como toda relación contractual entre una empresa dominante y otro sujeto del mercado, sea o no un consumidor (genéricamente denominado cliente), que se encuentra en condiciones de desigualdad en cuanto al poder contractual, en razón de su posición objetiva en el mercado (Roppo, 2009).

Dos ejemplos de esta embrionaria disciplina

gli artt. 1469-bis ss. c.c. e i contratti col consumatore, Milano, Giuffrè, 1997, p. 20. En similar sentido: Massimo Bianca. *Op.Cit.*, p. 418; G. Cordero Moss. “*Contracts between consumer protection and trade usages: some observations on the importance of state contract law*”, en AA VV. *Common frame of reference and existing ec contract law*, Munich, 2008, p. 66

34 Ver, por ejemplo, M.B.M. Loos. “*The influence of european consumer law on general contract law and the need for spontaneous harmonization on the disturbance and reconstruction of the coherence of national contract law and consumer law under the influence of european law*”, en *European review of private law*, 2007, p. 515.

legislativa son las Directivas 1986/653 y 2000/35. La primera se refiere a los contratos celebrados entre agentes comerciales y empresarios, es decir, contratos B2B. Sobre esto, sostiene Roppo que la Directiva considera al agente³⁵ como la parte que necesita protección legal en razón a la peculiar asimetría de mercado que lo afecta en relación con el empresario, ya que, al ser quien realiza la distribución del servicio, tiene que incurrir en grandes inversiones para el posicionamiento del mismo. Dicha asimetría trata de restablecerse con la obligación de indemnización que adquiere el empresario cuando da por terminada la relación contractual (Roppo, 2009, p. 9). La segunda, esto es, la Directiva 2000/35, se ocupa de las operaciones comerciales realizadas entre empresa-empresa y empresa-Estado que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios a cambio de una contraprestación³⁶. Aquí, la parte contractualmente débil es la que desarrolla la prestación característica del contrato, es decir, el empresario que provee los bienes o servicios. Dicha asimetría radica en el hecho de que el prestador del servicio, quien financia a la otra parte –el comprador– de forma gratuita, corre el riesgo de que dicha financiación se prolongue en el tiempo y lo exponga a grandes cargas administrativas y financieras en detrimento, particularmente, de empresas pequeñas y medianas, tal como lo consagra el considerando número 7 de dicha Directiva. (Roppo, 2009, p.9)

● Conclusiones

Las anteriores referencias legislativas han llevado a la doctrina más avezada a sostener que

35 El numeral 2 del artículo 1 de la directiva define al agente como “toda persona que, como intermediario independiente, se encargue de manera permanente ya sea de negociar por cuenta de otra persona, denominada en lo sucesivo el «empresario», la venta o la compra de mercancías, ya sea de negociar y concluir estas operaciones en nombre y por cuenta del empresario”.

36 Ver, numeral 1 del artículo 2 de la directiva 2000/35.

... los consumidores no tienen el monopolio de la necesidad de protección como partes débiles en los contratos con una empresa, sino que esta necesidad también concierne a otros sujetos del mercado (especialmente pequeñas empresas), que padecen, al igual que los consumidores, una asimetría en el poder contractual en sus relaciones con partes contractuales más fuertes. (Roppo, 2009, p. 35)

A la luz de estos datos, parece posible argumentar que la nueva regulación europea sobre los contratos varía su centro de atención: de la categoría estrecha de los contratos con el consumidor a la categoría más amplia de los contratos asimétricos (Roppo, 2009).

● Referencias bibliográficas

- Allen-Semenik, O. (1999) *Publicidad*. España: Thomson
- Alpa, G.(2004). *Derecho del consumidor*. Lima: Gaceta jurídica
- Alterini, A. (1998). *Contratos Civiles. Comerciales. De consumo. Teoría general*. Buenos Aires: Abeldeo-Perrot
- Alterini, A. (2001). *El estatuto del consumidor, Contratos*. Buenos Aires: Ediciones la Roca.
- Arrubla, J. (2003). *Contratos mercantiles*, Tomo I, 10º ed. Bogotá: Díké
- Astone, F.(2003). Ambito di applicazioni soggettiva. La nozione di consumatore e professionista. En // *codice civile, comentario, clauso leves satoriene i contratti del consumatore*. Bologna: Giuffrè.
- Benjamín, A. (1997). Reflexiones sobre el principio de la vinculación contractual de la publicidad. En *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Bianca, M. (2007). *Derecho Civil 3: El contrato*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia
- Bigliazzi-Geri, L. (1995). *Derecho civil*. Tomo I, (Vol. 2). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bigliazzi-Geri, L. Commentario al capo xiv bis del *codice civile: de i contratti del consumatore*. art. 1469bis-1496 sexies, C.M Bianca y F.D Busnelli (eds), Padova, Cedam, s.a.
- Bohórquez, A. (2004). *De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano*, (Vol. 2). Bogotá: Doctrina y Ley.
- Buitrago, E. (2008). *Derecho de la publicidad*. Bogotá: Librería ediciones del profesional
- Busnelli, F.D. (1983). *Il diritto civile tráco dike e legislazione speciale*, napoli, s.e,
- Caycedo, E. y Carlos G. Notas sobre *la Doctrina Constitucional referente al derecho de protección a consumidores y usuarios en Colombia*, Manuscrito. s. l, s.e.
- Carranza, C. (2010) Sobre las cláusulas abusivas. Una mirada al ámbito civil y de protección al consumidor de Perú. *Revista holística jurídica*, (7), 53-7
- Casella, M. (1961). *Il contratto e l'interpretazione, contributo a una ricerca di diritto positivo*. Milano: Giuffrè.
- Castellblanque, M. (2001). *Estructura de la actividad publicitaria*. España: Paidós
- Chinchilla, C. (2011). *Alcance y extensión del deber de información como obligación emanada de la buena fe* (Tesis de grado). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Conradi Amores, M. (2009). Significación del contrato en las distintas ramas del ordenamiento.



- en *Tratado de contratos*, Tomo i. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cordero, M. G. (January, 2009). Contracts between Consumer Protection and Trade Usages: Some Observations on the Importance of State Contract Law. *Common Frame of Reference and Existing Ec Contract Law*, 65-93.
- Correa, M. (2008). *Libertad de empresa y Estado Social de Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cueto, J. C. (2001) Una concepción objetiva del contrato en el caso del CommonLaw. En *Contratos*. Buenos Aires: La Rocca.
- De Toro, J. (2009). *Mejorar la eficacia de la publicidad en T.V.* España: Gestión.
- Di, G. F. (2005). *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*. Torino: G. Giappichelli.
- Díez, H. & Gutiérrez, S. (2009). Interpretación e integración del contrato. En *Tratado de contratos*, Tomo I, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Díez-Picazo, L. & Ponce de León, L. (1987). *Derecho y masificación social. Tecnología y derecho privado (dos esbozos)*. Madrid: Thomson Civitas.
- Díez-Picazo, L. (2007). *Derecho Civil Patrimonial I. introducción. Teoría del Contrato*. Madrid: Thomson Civitas.
- Esborraz, D. (2006). *Contrato y sistema en América Latina*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Escobar, F. (2004). Apuntes sobre la responsabilidad por ineficacia contractual. (El caso del artículo 207 del código civil peruano). En *Latin American and Caribbean Law and Economics Association*. Enero
- Escobar, G. (1994). *Contratos civiles y comerciales*. (Vol. 2) Bogotá: Editorial Biblioteca Jurídica Dike.
- Farina, J. (2005). *Contratos comerciales modernos*. Buenos Aires: Astrea
- Fernández, J. P. (1996). *Nociones básicas de derecho de consumo*. Valencia: s.e
- Ferrara, R. (1983). *Contributtoallostudiodella tutela del consumatore. Profilipubblicistici*. Milano: Giuffré.
- Ferri, G. B. (2002). *El negocio jurídico*. Lima: ARA Editores.
- Ferri, L. (2004). *Lecciones sobre el contrato*. Lima: Grijley.
- Font Galán, J. I. (1990). *El tratamiento jurídico de la publicidad en la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*. Curso sobre el nuevo derecho del consumidor. Madrid: s.e
- Font Galán, J. I. (1990). La protección de los consumidores en el Derecho Privado: del viejo Derecho de los comerciantes al nuevo Derecho de los consumidores". En *El nuevo derecho del consumidor*. Madrid: Instituto Nacional del Consumo.
- Franceschelli, V. (1983). Publicita ingannevole e culpa in contrahendo. En *Revista di DirittoCivile*. Nº XXIX
- Franco Victoria, D. (2007) Integración de los contratos. En *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos*, Tomo IV. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Fried, C. (1978). *Right and Wrong*. Estados Unidos de Norteamérica: s.e
- Gabrielli, E. (2006.) Sullanozione di consumatore. En *Etudi in onore di c.m Bianca. iii*. Milano: Giuffré.
- Galgano, F. (1992). *El negocio jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- García, E. (2003). La buena fe en la formación y determinación del contenido del contrato: la oferta y la promesa al público. En *Bases de un derecho contractual europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sirvent, G. J. (2009). *La oferta en los contratos con consumidores*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- García, J. R. La contratación con consumidores. En *Tratado de contratos*, Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Garrido, R & Zaco, J. (1985). *Contratos civiles y comerciales*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.
- Gete-Alonso, M. (2000). La formación del contrato. En *Manual de derecho civil II: Derecho de obligaciones, responsabilidad civil y teoría general del contrato*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Gherzi, C. A. (1999) El derecho del consumo frente a la teoría general del contrato. En *Revista Foro del jurista*, Vol 19. Medellín: Cámara de Comercio de Medellín.
- Gherzi, C. A. (2002). *Contratos civiles y comerciales*. Tomo I. Buenos Aires: Astrea.
- Gómez, E. (1994). *Los deberes precontractuales de información*. Madrid: La ley.
- Gómez, C.A. & Muñoz, S.H. (2008). Fundamentos para la protección del consumidor frente a la publicidad engañosa. En *Revista estudios de derecho*, Vol. 145, Medellín: Universidad de Antioquia.
- Gómez, C.F. (2010). *Teoría del Contrato*. Medellín: Universidad de Medellín.
- González Gonzalo, A. (2009) La formación del Contrato. En *Tratado de contratos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- González, A. (2000). *La asimetría de información en la contratación a propósito del dolo omisivo*. Lima: Palestra.
- González, L. (2005). La noción de consumidor en el derecho comunitario del consumo, en *Estudios sobre consumo*, vol 18. n° 75. Madrid: Instituto Nacional del Consumo.
- Hinestrosa, F. (1998) Contenido y efectos del negocio jurídico. En *Studi in onore di Piero RESCIGNO. III*. Milano: Dirittoprivato.
- Hinestrosa, F. (1998). De los principios generales del derecho a los principios generales del contrato. En *Revue de Droit Uniforme*, vol II, 2/3. Roma: Unidroit
- Hinestrosa, F. (2003). Responsabilidad por productos defectuosos. En *Derecho económico*, Tomo IV. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hinestrosa, F. (2006) Leyendo el Digesto. *Revista Roma e America. Diritto Romano Comune*, N° 22. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hinestrosa, F. (2007). *Efectos finales y efectos negociales*. Bogotá: Manuscrito.
- Hinestrosa, F. (2007). *Tratado de las obligaciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hinestrosa, F. (2008). El deber de sinceridad del tomador del seguro en su declaración del estado del riesgo. *Revista Ibero latinoamericana de seguro*, N° 27, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Irti, N. (1992). *La edad de la descodificación*. Barcelona: José María Bosch S.A Editores.
- Jaeckel Kovaks, J. (2003). Publicidad engañosa y publicidad comparativa. *Revista Foro del Jurista*, 24.



- Kemelmajer De Carlucci, A. (1996). La publicidad y los consumidores en el fin de siglo. En *Congreso internacional "La persona y el derecho en el fin de siglo". Libro de ponencias*. Santa fe: Universidad Nacional del Itoral.
- Lasarté, C. (1980). Sobre la integración del contrato: La buena fe en la contratación. En *Revista de Derecho Privado*, Enero.
- Lasarté, C. (2003). *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid: Dykinson.
- Lasarté, C. (2005). La protección del consumidor como principio general del derecho, *Estudios sobre consumo*, 18(73).
- Liaño, P. (1992). Comentarios al art. 8 de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios. En *Comentarios a la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, Madrid: Ed. Civitas.
- Llobet Aguado, J. (1996). *El deber de información en la formación de los contratos*. Madrid: Marcial Pons.
- López Cabana, R. (1995). Nuevos daños jurídicos. En *Temas de responsabilidad civil*. Buenos Aires: Facultad de derecho y ciencias sociales de la universidad de Buenos Aires.
- López, A. (1981). Comentarios a los artículos 1281 a 1289. En *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Tomo XVII, Vol 2. Madrid: Edersa.
- Lorenzetti, R. L. (1969) *Tratado de los contratos*, Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Loos, M. B. (2007). The influence of european consumer law on general contract law and the need for spontaneous harmonization on the disturbance and reconstruction of the coherence of national contract law and consumer law under the influence of european law, en *European review of private law*, s.l.
- Martínez, G. E. (2000). *La oferta contractual*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Martínez, G. E. & Alonso, P. M. (2000). *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*. Madrid: Marcial Pons.
- Medina, M. (2006). *Responsabilidad precontractual. Estudio acerca de la ruptura injustificada de los tratos preliminares*. Lima: Forum.
- Mélichorsini, J. (1998) Las particularidades del contrato, con las particularidades del contrato con consumidores. *Conferencia dictada en la Universidad Externado de Colombia con ocasión del congreso sobre "El contrato y el sistema jurídico latinoamericano"*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Menéndez, J.C. (1998). *La oferta contractual*. Pamplona: Arazandi.
- Meruzzi, G. (2002). *La Trattativa maliziosa*. Padova: Casa Editrice Dott Antonio Milani-Cedam.
- Messineo, F. (1952). *Doctrina general del contrato*. Tomo I, Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América.
- Mirabelli, G. (1980). Dei contratti in generale. En *Comentario Utet*, Torino, s.e.
- Miranda, L. M. (2007). La protección del consumidor en la etapa anterior a la celebración del contrato: aspectos concurrenciales y negociales". *Estudios sobre consumo*, Volumen 19, N° 77. España: Ministerio de Sanidad y Consumo
- Morales, A. (2008). *Asimetría informativa*. Lima: Asesorandina.
- Morales Moreno, M. A. (1999). *Declaraciones*

públicas y vinculación contractual (Reflexiones sobre una propuesta de directiva). s.l, DC.

Moreno, B. (1993). *La oferta de contrato.* Barcelona: Nereo.

Mosset, J & Lorenzetti, R.L. (1993). *Defensa del consumidor.* Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Mosset, J & Lorenzetti, R.L. (1994). *Ley Defensa del consumidor.* Ley No 24.240 (1994). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni. Santa fe.

Mosset, J. (1998). *Contratos.* Buenos Aires: Ediar

Namén, J. (2006). *Ámbito general de la responsabilidad por productos defectuosos.* *Revista E-mercatoria*, 5(1).

Namén, J. (2009). *La obligación de información en las diferentes fases de la relación de consumo.* *Revista E-mercatoria*, 8(1).

Neme, M. L. (2003). *Venire contra factumpropium, prohibición de obrar contra los actos propios y protección de la confianza legítima. Tres maneras de llamar una antigua regla emanada de la buena fe.* En *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa, 40 años de rectoría 1963-2003.* III. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Neme, M. L. (2006). *El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano.* *Revista de Derecho Privado* N°11. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Neme, M. L. (2010). *La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Oppo, G. (1996). *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori.* Padova: Cedam.

Ospina, G. & Ospina, E. (2000). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico.* Bogotá: Temis.

Ossola, F. & Vallespinos, G. (2001). *La obligación de informar.* Córdoba: Advocatus.

Oviedo, J. (2008). *La formación del contrato.* Bogotá: Universidad de la Sabana-Temis.

Palacio, M. D. (2003). *El deber de información en los contratos con consumidores.* En *Bases de un derecho contractual europeo.* Valencia: Tirant lo Blanch

Pérez, L. (2004). *Derechos del consumidor.* Buenos Aires: Astrea.

Pérez, A. (1971). *La responsabilidad precontractual.* RCDI, s.l, N° 485

Pérez, P.A. (1990). *La información en la contratación privada.* España: Instituto nacional del consumo

Pérez, P. A. (1990). *La información en la contratación privada en torno al deber de informar.* En *La Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios.* España: Institución Nacional del Consumo.

Polo, E. (1990). *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos.* Madrid: Cuadernos Civitas.

Rengifo, E. (2004). *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Reyes López, M. J. (1997). *El Carácter Vinculante de la Oferta y de la Publicidad en el Artículo 8 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.* Ministerio de Sanidad y Consumo: Instituto Nacional del Consumo.

Rezzónico, J. C. (1990). *Principios fundamentales de los contratos.* Buenos Aires: Astrea.



- Ricciuto, V. (1999). *La formazione progressiva del contratto, I Contratti in Generale*. Torino: UnioneTipografico-EditriceTorinese.
- Rinessi, A. (2006). *Relación de consumo y derechos del consumidor*. Buenos Aires: Astrea.
- Rodotá, S. (1970). *Le conti di integrazione del contratto*. Milano: Giuffrè.
- Rodríguez. (1987). *La defensa contractual del consumidor en la LCU. Estudios jurídicos sobre la protección de los consumidores*. Madrid: s.e
- Roppo, E. (1997). *Il contratto*. Bologna: Societàeditriceilmulino
- Roppo, V. (2005). El contrato del dos mil. *Revista de Derecho Privado*. n°1, Bogotá: Universidad Externado de Colombia
- Roppo, V. (2009). Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho contractual europeo. *European review of contract law*, N°3. Berlin : De Gruyter Recht
- Ruffolo, H.&Alvisi, C. (1997). *Clausole vessatorie e abusive: gli artt. 1469-bis ss. c.c. n e i contratti col consumatore*. Milano: Giuffrè.
- San Julián Piug, V. (1996). *El objeto del Contrato*. Navarra: Aranzandi
- Santoro, F. (1997). *Dottrine generali del diritto civile*. Italia: Jovene
- Schipani, S. (1985). *Documento conclusivo del II Congreso Latinoamericano de Derecho Romano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia
- Schricker, G. (1974). Concorrenza sleale e tutela dei consumatori. *Revista de diritto industriale*. Milano : A. Giuffrè.
- Scognamiglio, R. (1991). *Teoría general del contrato*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Segre. (1900). Studi sul concetto del negozio giuridico secondo il diritto romano e il nuevo diritto germanico. *Revista per le scienze giuridiche XIX*. Milano: Giuffrè Editor.
- Stiglitz, R. (1997). La obligación precontractual de información. El deber de consejo. En *Estudios sobre consumo*. Vol 12, N° 42. Madrid : Instituto Nacional de Consumo.
- Stiglitz, R. (1998). *Contrato de consumo y cláusulas abusivas*. Ponencia presentada dentro del marco de la conferencia sobre "derechos del consumidor", Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Stiglitz, G & Ztiglitz, R. (1992). *Responsabilidad precontractual*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Stiglitz, G & Ztiglitz, R. (1994). *Derechos y defensa de los consumidores*. Buenos Aires: Ediciones la Roca.
- Suescún, J. (2003). *Derecho Privado*. Tomo II. Bogotá: Legis.
- Trabucchi. (1999). *Itituzioni de diritto civile*. Padova: Cedam
- Velandia, M. (2008). *Derecho de la competencia y del consumo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Von Thur, A. (1934). *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Espasa.
- Weingarten, C. (2007). *Derecho del consumidor: Consumo y medio ambiente. Derecho de información y seguridad. Empresas. Marcas y publicidad. Los grupos económicos: responsabilidad objetiva y solidaria. Vicios redhibitorios. Contratos conexos. Cláusulas abusivas y protección de la confianza de los consumidores. Medicina prepaga. Autopistas. Turismo. Ventas domiciliarias*. Internet. Buenos Aires: Editorial Universidad.



Weingarten, C. (2004). *Derechos en expectativa del consumidor*. Buenos Aires: Astrea.

Weingarten, C. (2001). El valor económico de la confianza para empresas y consumidores. *Colección Derecho Económico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ziccardi. (1969). L'integrazioni del contratto. *Revista trimestrale di diritto e poceduracivile*. Milano: Giuffré.