FORMALISMO CONTEMPORÁNEO Y PROTECCIÓN DEL CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL

SILVANA
FORTICH

FORMALISMO CONTEMPORÁNEO Y PROTECCIÓN DEL CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Fortich, Silvana

Formalismo contemporáneo y protección del consentimiento contractual / Silvana Fortich. – Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2018.
320 páginas ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas (páginas 293-316) e índice.

ISBN: 9789587900187

1. Contratos 2. Protección del consumidor 3. Obligaciones (Derecho) 4. Derecho comercial I. Universidad Externado de Colombia II. Título

346.6 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. MRJ.
Noviembre de 2018

ISBN 978-958-790-018-7

© 2018, SILVANA FORTICH
© 2018, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá
Teléfono (57 1) 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: noviembre de 2018

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones
Corrección de estilo: Patricia Miranda
Composición: Precolombi EU-David Reyes
Impresión y encuadernación: Imageprinting Ltda.
Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de la autora.

CONTENIDO

AGRADECIMIENTOS 15

PRÓLOGO 17
Denis Mazeaud

INTRODUCCIÓN 19

PRIMERA PARTE
FORMALISMO CONTEMPORÁNEO Y LIBERTAD CONTRACTUAL

TÍTULO I
EL FORMALISMO DE FUENTE LEGAL

Capítulo 1. Evolución del formalismo y libertad contractual: del ritualismo romano al formalismo utilitario del derecho contractual contemporáneo 39

Sección 1. De la construcción del vínculo clásico: libertad y consensualismo 41
A. Formalismo original: forma vs. consentimiento en las legislaciones primitivas 41
§1. Ritualismo y fuerza creadora en el antiguo derecho romano 41
§2. Un lugar para el acuerdo de voluntades y la aparición del consensualismo en el derecho romano clásico 43
B. Antecedentes del principio del consensualismo: móviles del nacimiento del principio de consensualismo 45
§1. En la Edad Media 45
§2. En los tiempos modernos 47

Sección 2. Del auge del consensualismo al formalismo utilitario 50
A. El triunfo del consensualismo y la consagración del principio 50
§1. El triunfo del consensualismo 50
§2. La consagración del principio 52

B. El debilitamiento del voluntarismo contractual y el renacimiento de un formalismo utilitario contemporáneo 54
§1. El espíritu social y el contrato como situación jurídica objetiva 54
§2. El formalismo utilitario 57

Capítulo 2. Las formas clásicas de protección de la voluntad y sus manifestaciones modernas 61

Sección 1. El escrito como forma clásica por excelencia 63
A. La escritura 64
§1. El nacimiento de la escritura 64
§2. El escrito como forma del contrato 65
B. El formalismo del escrito contractual 68
§1. El documento privado y el documento privado avalado por abogado 68
§2. El documento público 74
Sección 2. Las manifestaciones modernas de las formas clásicas: el formalismo electrónico 79
A. La celebración del contrato electrónico 80
§1. El escrito electrónico 80
§2. El encuentro de voluntades por vía electrónica 83
B. Formalismo electrónico de protección 90
§1. Los grados de formalismo electrónico 91
§2. La firma electrónica 92

TÍTULO II
EL FORMALISMO DE FUENTE CONVENCIONAL

Capítulo 1. El acuerdo relativo a las formas de validez 99

Sección 1. La voluntad contractual constitutiva de las formas de validez (contrato consensual) 101
A. La conformidad de los acuerdos relativos a las formas de validez 101
§1. Libertad de las partes para someter un contrato consensual a formas de validez 101
§2. Condiciones de validez del acuerdo relativo a la forma 105

B. Dificultades de los acuerdos sobre las formas de validez (debate) 108
§1. Formas convencionales y alcance del principio de consensualismo 108
§2. Alcance del acuerdo relativo a la forma 110
§3. El problema de la sanción en caso de incumplimiento de las formas convencionales 112
Sección 2. El formalismo convencional de sustitución (contrato formal) 115
A. El principio: forma imperativa 116
§1. Naturaleza imperativa de las formas legales 116
§2. Formalismo alternativo 118
B. Matices: la forma sustituida 119
§1. Noción y alcance de los acuerdos de sustitución de las formas contractuales 119
§2. Formalismo de sustitución y calificación del contrato 122

Capítulo 2. El acuerdo relativo a la prueba de los actos jurídicos 125

Sección 1. La libertad de las partes para concertar las reglas de la prueba 128
A. Exigencia de una prueba documental 128
§1. Valor de la prueba escrita 129
§2. Superioridad de la prueba documental y validez de los acuerdos relativos a la prueba 131
B. Acuerdos relativos a la prueba según sus finalidades 138
§1. Atenuar o eliminar el rigor probatorio de la regla de prueba 138
§2. Crear una exigencia probatoria o aumentar el rigor probatorio establecido por la regla legal de prueba 141
Sección 2. Alcance y límites de los acuerdos relativos a la prueba 142
A. Alcance de los acuerdos relativos a la prueba 143
§1. Noción de acuerdo relativo a la prueba 143
§2. Campos de aplicación de los acuerdos relativos a la prueba: auge de los acuerdos relativos a la prueba en materia de prueba tecnológica 147
B. Límites de los acuerdos relativos a la prueba 151
§1. Principios generales del derecho civil y del sistema probatorio 151
§2. La libre valoración de parte del juez 153

SEGUNDA PARTE
FORMALISMO CONTEMPORÁNEO Y JUSTICIA CONTRACTUAL

TÍTULO I
LA NOCIÓN DE FORMALISMO INFORMATIVO

Capítulo 1. Razones del formalismo informativo en el derecho del consumo 167

Sección 1. Razones objetivas: la necesidad de combatir los desequilibrios contractuales 170
A. Desafíos del derecho del consumo 170
§1. Búsqueda del equilibrio contractual 170
§2. Transformación del derecho de los contratos 173
B. Aparición de conceptos innovadores 174
§1. La confianza en los contratos de consumo 175
§2. La proporcionalidad contractual 177
Sección 2. Razones subjetivas: la necesidad de proteger al consumidor frente a su posición de debilidad 178
A. Inclusión del consumidor 179
§1. Fundamentos de la protección del consumidor 179
§2. Identificación de las causas de debilidad del consumidor 181
B. Exclusión del profesional 183
§1. El rigor de la exclusión 183
§2. ¿Una exclusión matizada? 185

Capítulo 2. Funciones del formalismo informativo en el derecho del consumo 191

Sección 1. Información: la protección del consentimiento del consumidor por parte del formalismo informativo 193
A. La información, pieza maestra del formalismo informativo 193
§1. La información en el derecho del consumo 194
§2. Preservación de la integridad de la información 196
B. Desarrollo de la obligación general de información 197
§1. La noción de obligación general de información 197

§2. El alcance y los límites de la obligación general de información 203
Sección 2. Prevención: el formalismo preventivo en el derecho de los contratos 207
A. La prevención en el derecho del consumo 208
§1. La noción de prevención 208
§2. Los riesgos del consentimiento en las relaciones de consumo 211
B. Prevención de los vicios del consentimiento 215
§1. Análisis crítico de la teoría clásica de los vicios de la voluntad (como medida curativa) 216
§2. Los vicios del consentimiento: fundamento de la prevención de riesgos de consumo 220

TÍTULO II
ALCANCE DEL FORMALISMO INFORMATIVO

Capítulo 1. Formas legales del derecho del consumo 229

Sección 1. Menciones obligatorias 232
A. La noción de menciones obligatorias 232
§1. Aproximación al concepto de menciones obligatorias 232
§2. Menciones obligatorias y libertad contractual 236
B. Exigencias particulares para las menciones obligatorias 238
§1. La mención manuscrita 239
§2. Apariencia y caligrafía de las menciones 241
Sección 2. Mecanismos complementarios de protección de la voluntad 243
A. Deber de lectura y de reflexión 243
§1. Obligación de lectura del contenido del contrato 243
§2. Plazo de reflexión 245
B. Formación sucesiva del contrato 249
§1. El mecanismo de protección de la voluntad 249
§2. Etapas del proceso de formación del contrato electrónico 253

Capítulo 2. Fuerza del formalismo informativo 255

Sección 1. Campos de aplicación 257
A. Manifestaciones del formalismo informativo en contratos celebrados con consumidores 258
§1. Legislaciones que protegen la voluntad del consumidor: en materia de contrato de viaje, derecho bancario y derecho de seguros 258
§2. El formalismo informativo en materia de comercio electrónico 263
B. Manifestaciones del formalismo informativo en los contratos celebrados con un no consumidor 264
§1. Formalismo informativo en materia de contrato de trabajo 265
§2. El formalismo informativo en las relaciones entre comerciantes: en materia de derecho de la competencia, comercio y distribución 267
Sección 2. Sanciones por inobservancia del formalismo informativo 272
A. Diversidad de sanciones en el formalismo informativo 272
§1. Sanciones de la teoría general de los contratos 273
§2. Sanciones de las legislaciones de protección de la parte débil 276
B. Necesidad de unicidad de criterios que guíen la política de sanciones por inobservancia del formalismo informativo 278
§1. Las funciones de las sanciones por inobservancia del formalismo informativo 278
§2. El carácter esencial de la información omitida y la protección de la voluntad de la parte débil 281
Sección 3. Eficacia del formalismo informativo: críticas a la aplicación de las reglas del formalismo informativo del derecho del consumo y paradojas 283
A. Ineficacia de la información e insuficiencia de la protección 283
§1. Sobre la ineficacia de la información 284
§2. Insuficiencia de la protección 286
B. Excesos de la protección 287
§1. El alcance desmesurado del formalismo informativo dado por la jurisprudencia en Francia 287
§2. Rigidez excesiva en la aplicación de las reglas de forma 290

CONCLUSIONES 291

BIBLIOGRAFÍA 293

ÍNDICE TEMÁTICO 317

A mi familia, a mi esposo Andrés Felipe y a mi hijo Gerónimo, apoyo e inspiración en este camino. A mis papás, a quienes les debo mucho de lo que soy, por su apoyo y confianza.

A Denis Mazeaud, mi apreciado director de tesis en Francia, quien inspiró este trabajo, de principio a fin, y cuya cercanía me motiva a continuar escarbando en la riqueza del derecho privado.

A las personas que con su trabajo aportaron a la materialización de este proyecto, especialmente a Alain Bunje y María Yolanda Medina, por su impecable trabajo y compromiso.

Todo mi agradecimiento a la Universidad Externado de Colombia, ese lugar que siento propio y cuyo apoyo jamás me ha faltado. Al maestro Hinestrosa, en su memoria y por todos los recuerdos y enseñanzas recibidas; al rector, Juan Carlos Henao, por guiar e impulsar mi trayecto doctoral; y al doctor Édgar Cortés, codirector de mi tesis, por su paciencia y valiosa orientación en todo este proceso.

Libertad, seguridad y justicia. Tales son las tres funciones del formalismo en materia contractual, además de ser la expresión de los valores que representa.

Libertad, que según la célebre expresión de Jhering, es su hermana gemela.

Seguridad, que tienen como garantía quienes recurren a él, particularmente dentro de la doble perspectiva de una reflexión sobre la oportunidad de los actos que solemniza y del alcance de los compromisos que se contraen, por una parte, y por otra, de la prueba de la existencia y del contenido de sus contratos.

Justicia, que se ve reforzada en las relaciones contractuales desequilibradas, precisamente en la fase de la celebración de los contratos, al brindar la posibilidad de prevenir desequilibrios contractuales.

Estos son los valores que la doctora Fortich explora en su sobresaliente tesis consagrada al formalismo, que describe a medida que transita por las diferentes épocas del derecho de los contratos.

Recorre el camino de la libertad, respecto de la cual el formalismo no representa *a priori* una expresión, a diferencia del consensualismo, que no significa ausencia de forma sino más bien libertad de forma. Sin embargo, tal como la autora lo demuestra de manera muy atinada, la forma, impuesta o escogida, restaura la libertad, entendida esta como la lucidez del contratante que expresa su consentimiento.

Emprende una reflexión profunda y pragmática de los vínculos entre la forma y la seguridad que genera para beneficio de los contratantes que protege, y del acto del cual da fe y queda grabado en la memoria del negocio jurídico.

Examina el papel que desempeña el formalismo en relación con el imperativo de justicia contractual, que, junto con la obligación de eficacia económica del derecho, constituye uno de los dos pilares del nuevo derecho francés de los contratos en particular y, de manera más general, del derecho común de los contratos.

Esta tesis contiene múltiples calidades que sería inútil e innecesario enumerar. De ahí que solamente insistamos en aquellas que, a nuestro juicio, son las más significativas. Primero, cabe recalcar los importantes

planteamientos sobre el formalismo convencional, tema estimulante al que la autora acude para describir, de manera precisa, la infinita riqueza de la imaginación contractual. Más adelante, siguiendo con la tarea emprendida, la autora recorre con igual ventura el derecho común de los contratos y el derecho corriente de los contratos. En efecto, dedica buena parte de su reflexión al derecho del consumo, al interior del cual el formalismo se ha desarrollado considerablemente en las últimas décadas. Dicho derecho especial constituye un semillero fértil para el formalismo en todas sus formas. Y al estudiarlo se puede apreciar su alcance, cuando se lo entiende como modo de protección de la parte contratante débil. Finalmente, es de anotar que uno de los mayores intereses de este trabajo radica en su dimensión comparatista, ya que la doctora Fortich no solo es bilingüe sino que está dotada de una doble cultura jurídica, colombiana y francesa.

Las calidades ya mencionadas, y muchas otras contenidas en este trabajo, dan mérito para que la tesis de la doctora Fortich sea publicada y tenga la mayor difusión posible. No cabe duda de que el pensamiento fértil de su autora alimentará, en el futuro, la reflexión que se lleve a cabo en el campo contractual y de que influirá en las futuras generaciones de investigadores.

Denis Mazeaud
Université Paris 2 Panthéon Assas
31 de julio de 2018

INTRODUCCIÓN

Enemiga declarada de la arbitrariedad, la forma es hermana gemela de la libertad

V. JHERING

En materia de formación del contrato, la expresión del consentimiento de las partes está sometida al principio del consensualismo. En virtud de este principio, el contrato se forma por la sola voluntad de las partes y los modos para exteriorizarla son libres[1]. Esto quiere decir que la forma del contrato puede ser escogida libremente por las partes.

La consagración del principio del consensualismo fue el resultado de una larga evolución y su triunfo fue la consecuencia de la incorporación, al derecho positivo, de la doctrina de la autonomía de la voluntad. Filosóficamente, la doctrina de la autonomía de la voluntad reposa sobre la afirmación según la cual el hombre es naturalmente libre: esta libertad general comprende aquella más particular de obligarse por sí mismo, ya que no existe libertad completa sin el poder de autolimitación. Económicamente, recae sobre la doctrina liberal: las relaciones libremente construidas aseguran de mejor manera el orden y la prosperidad económica. Moralmente, la autonomía de la voluntad traduce la gran ley que los canonistas dudaron en darle connotación jurídica hace muchos años: la palabra otorgada vincula a su autor, *pacta sunt servanda*[2].

Sin embargo, en ciertos casos, la expresión del consentimiento de las partes debe estar sometida a la utilización de una forma particular, lo que hace del formalismo contractual la excepción al principio general. Esta obligación de respetar una forma puede tener su origen tanto en la voluntad del legislador, como en los usos o en el acuerdo de las partes.

---

1 JACQUES FLOUR, JEAN LUC AUBERT y E. SAVAUX. *Droit civil, les obligations,* t. 1, *L'acte juridique*, 14.º ed., Paris, Sirey, 2010.

2 JACQUES FLOUR, "Quelques remarques sur l'évolution du formalisme", en *Etudes offerts à Georges Ripert*, t. 1, Paris, LGDJ, 1950, p. 95.

A pesar de la relación tradicional construida entre formalismo, rigurosidad, lentitud y complejidad[3], este conoce una fortuna particular en las legislaciones modernas[4]. De esta manera, el derecho contemporáneo de los contratos experimenta el renacimiento del formalismo, caracterizado por el aumento de las exigencias de forma de fuente legal para la celebración del contrato.

El legislador, frente a los retos propios del derecho contemporáneo, ha emprendido la tarea de exigir formas contractuales a la celebración del contrato[5], motivado principalmente por la necesidad de proteger el consentimiento de las partes. Así, el formalismo ha conocido un importante auge legislativo y, en consecuencia, una actualidad persistente en un gran número de trabajos recientes de investigación[6].

Así entonces, frente al regreso evidente al formalismo en el derecho contemporáneo de los contratos, se presentan un sinnúmero de interrogantes que motivan y justifican el presente trabajo de investigación. Se hace indispensable entonces, en primer lugar, presentar de manera general la materia objeto de la presente investigación, revisando el concepto y fundamentos del formalismo, una institución bastante antigua que hoy en día se presenta renovada y viva (I), pasando por el abordaje de una posición crítica en el análisis de las clasificaciones y conceptos clásicos del formalismo (II). Esto nos conducirá a estudiar su rol en la protección del consentimiento contractual, interés central del presente trabajo (III), a través del empleo del un método particular (IV).

---

3 Propio del formalismo del derecho romano. Sobre la evolución y la historia del formalismo, véase el acápite "Ritualismo y fuerza creadora en el antiguo derecho romano".

4 François Terré, Philippe Simler e Yves Lequette, *Droit civil, Les obligations,* 11.ª ed., Paris, Dalloz, 2013, p. 158.

5 Sobre el rol del legislador en el renacimiento del formalismo, véase Louis Josserand, "Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats", *RTD civ.*, 1937, p. 21.

6 Vincent Forray, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, tesis, LGDJ, 2007, p. 2.

I. PRESENTACIÓN DE LA MATERIA OBJETO DE LA PRESENTE INVESTIGACIÓN

El renacimiento del formalismo ha sido, desde los inicios del siglo XX, el objeto de múltiples estudios en el derecho de los contratos. A propósito, François Gény escribió: "El formalismo jurídico no es un monopolio de las legislaciones arcaicas, fatalmente destinado a desaparecer con el progreso de la civilización [...]. Si bien ha podido variar en sus manifestaciones, parece en sí mismo hacer parte en nuestros días de los instrumentos indispensables para una buena técnica jurídica"[7].

Jacques Flour escribió en 1950 que "Si el formalismo llegara verdaderamente a morir, su agonía será bastante lenta"[8].

En consecuencia, frente a la supervivencia del formalismo, a pesar del paso del tiempo y su evidente actualidad, se hace indispensable precisar la noción de este en el derecho contemporáneo.

A propósito del concepto de formalismo, Jacques Flour escribió que "el formalismo no aparece en tanto que el consentimiento debe ser envuelto por un sobre estrictamente determinado por la ley y en tanto que si las prescripciones de la ley no son respetadas, esa manifestación de voluntad se verá sacudida por la ineficacia jurídica en cualquiera de sus grados"[9].

Por su parte, Hervé Jacquemin dijo que "el formalismo contractual se refiere al conjunto de reglas prescritas por un texto legal o reglamentario que determina la manera como la voluntad o una información particular debe exteriorizarse en el curso del proceso contractual, so pena de aplicar una sanción en caso de inobservancia"[10].

En este sentido es posible afirmar que, más allá de un conjunto de reglas, el formalismo contractual es una técnica jurídica indispensable para

---

7 FRANÇOIS GENY, *Science et technique en droit privé positif, nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique,* t. III, Paris, Sirey, n.º 206, p. 121.

8 FLOUR, óp. cit., p. 94.

9 Ibíd., p. 96.

10 HERVÉ JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel: mécanisme de protection de la partie faible*, Paris, Larcier, 2010, p. 29.

el derecho[11], que para dejar trazo de la voluntad contractual hace depender la validez o eficacia de esta voluntad de la utilización de ciertas formas jurídicas determinadas.

Se plantea también el interrogante sobre lo que debemos entender por forma jurídica[12]. Sobre el particular, desde un punto de vista filosófico, la forma es "la manera de ser de la materia"[13]. Así, la forma es la estructura y el contorno externo que adoptan las cosas en el mundo. Sobre el terreno contractual, la forma es la estructura o ropaje que adopta la voluntad individual para la celebración del contrato. Para François Gény, las formas consisten en "elementos exteriores que condicionan los efectos del derecho de ciertos actos jurídicos, y los subordinan al cumplimiento de solemnidades exteriores, independientes del contenido de la voluntad"[14].

En este sentido, el formalismo contractual responde a la exigencia de exteriorizar la voluntad contractual a través de la utilización de cierto "ropaje" o "sobre" particular, a saber, la forma contractual.

Esta aproximación conceptual a la forma demuestra la diferencia que existe entre *instrumentum* y *negotium*. En efecto, la voluntad siempre necesitará exteriorizarse. Lo esencial es la voluntad interna y la manifestación no es más que el ropaje que adopta el consentimiento.

De esta manera logramos una aproximación al concepto de formalismo, para lo cual también podemos acudir a la tradicional analogía que asimila la voluntad interna al querer desnudo, la manifestación de esa voluntad a la vestimenta y la regla formalista sería entonces la exigencia de utilizar un ropaje especial.

La voluntad libre, fundamento del principio del consensualismo, puede escoger entre diferentes ropajes para exteriorizarse; sin embargo, en presencia de una regla de forma, esta libertad de escoger es limitada, so pena de sanción.

---

11 "El derecho no podrá padecer la ausencia de forma, mientras que puede bien vivir bajo el reino absoluto del formalismo". RUDOLF VON IHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement,* t. III, 3.ª ed., Paris, Chevalier-Marescq, 1887, p. 170.

12 Es preciso aclarar que en este estudio consideraremos sinónimos los términos "exigencia de forma", "regla de forma", "formalidad" o "forma".

13 MARIE ANTOINETTE GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, tesis, LGDJ, 1975, p. 8.

14 GENY, óp. cit., n.º 202.

Queda claro que el principio del consensualismo implica libertad de las partes para escoger las formas de exteriorizar la voluntad individual, principalmente porque la voluntad siempre necesitará manifestarse a través de alguna forma jurídica. Lo que caracteriza al consensualismo, a diferencia del formalismo, es la libertad de las partes de escoger la forma contractual. Así entonces podemos definir el principio del consensualismo como la libertad de escoger las formas de exteriorización de la voluntad y no como la ausencia de estas[15].

Por otro lado, sea el momento de mencionar que el estudio del formalismo implica la inmersión en el terreno de los contratos especiales. De hecho, la problemática se circunscribe a la dialéctica entre el derecho común y los derechos especiales, principalmente porque la inflación del formalismo contemporáneo se ha producido precisamente en el terreno del derecho especial de los contratos: derecho comercial, derecho del trabajo, derecho del consumo, derecho de la competencia y derecho de seguros, entre otros. En este sentido, el formalismo muestra una inclinación hacia los derechos especiales. Por ende, "si el consensualismo tiende hacia lo general y el formalismo tiende hacia lo especial, ¿debemos circunscribir el estudio de la forma al derecho de los contratos especiales? La respuesta parece en principio positiva"[16].

Así, se hace indispensable abordar el campo de aplicación del formalismo contractual recorriendo los diferentes terrenos de los derechos especiales donde se ha desarrollado, aclarando que en el presente estudio solo analizaremos las manifestaciones del formalismo en el derecho privado de los contratos[17].

Una vez establecidas estas nociones claves, pasaremos a abordar las clasificaciones tradicionales del formalismo a través de un análisis crítico de los criterios de distinción y de la utilidad de sus clasificaciones.

---

15 Silvana Fortich, "*Solus consensus obligat*, principio general para el derecho privado de los contratos", *Revista Derecho Privado*, n.º 23, 2012, p. 195.

16 Ibíd.

17 Así, por ejemplo, no abordaremos los contratos administrativos ni el derecho laboral, entre otros. Nos concentraremos en el derecho privado de los contratos, salvo algunos ejemplos aislados que nos servirán de herramienta de ilustración.

II. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS CLASIFICACIONES TRADICIONALES DEL FORMALISMO

Frente a la multiplicidad de formas contractuales, la doctrina ha elaborado la clasificación tradicional de contratos en consensuales, solemnes y reales[18]. Si algo tenemos claro sobre el formalismo y es objeto de enseñanza en las facultades de derecho, es la manera como este ha sido clasificado, lo que nos ha llevado tradicionalmente a abordarlo a partir de sus divisiones.

> Esta distinción no es expresamente mencionada por el Código Civil francés, pero resulta de varias de sus disposiciones. El contrato consensual es aquel que se celebra con el solo acuerdo de voluntades, sin que ninguna condición de forma sea exigida. El contrato solemne es aquel para cuya validez la ley exige que el consentimiento sea expresado con la utilización de ciertas formas. Estas consisten, en la mayoría de casos, en la redacción de un escrito que puede ser, según el caso, público o privado. El contrato real es aquel cuya formación exige no solamente el acuerdo de voluntades sino la entrega de una cosa[19].

Sin embargo, en el proceso de inmersión que fue necesario para sacar adelante la presente investigación académica, surgió con claridad la idea según la cual la mencionada clasificación tradicional, consistente en diferenciar los contratos consensuales, solemnes y reales, se torna insuficiente a la hora de dar cuenta del renacimiento del formalismo, que se impone hoy en día como una tendencia general. Esta clasificación ignora la diversidad de formas y se abstrae de su contexto jurídico inmediato[20].

En este sentido, "la distinción entre contratos consensuales, solemnes y reales no constituye una clasificación jurídica ya que no propone un conjunto completo que permita dar lectura exhaustiva a la materia. Las

---

18 FORRAY, óp. cit., p. 89.

19 TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE, óp. cit., nº. 63, p. 83. Entre los autores que presentan también esta clasificación, véase MARCEL PLANIOL y GEORGES RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. II, Paris, LGDJ, 1957, p. 27; HENRI MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 2, v. 1, 9.ª ed., Paris, Montchrestien, 1998, n.º 65; ALAIN SERIAUX, *Droit des obligations*, 2.ª ed., Paris, PUF, p. 25.

20 FORRAY, óp. cit., p. 90.

manifestaciones del formalismo no pueden ser reunidas en estas categorías de contratos"[21]. La mayor dificultad que trae esta clasificación se encuentra en la imposibilidad de tener en cuenta las diversas manifestaciones del formalismo contemporáneo.

Por otro lado, a propósito de la distinción tradicional entre formalismo solemne, probatorio y de oponibilidad, debe señalarse que si bien permite clasificar las formas con respecto a sus efectos y de la sanción, no toma en cuenta la naturaleza, la noción y la utilidad de las manifestaciones de la formas del derecho contemporáneo.

Estamos en presencia de un formalismo solemne o acentuado cuando la voluntad de las partes debe exteriorizarse a través de una forma impuesta so pena de nulidad. Por el contrario, nos encontramos en presencia de un formalismo atenuado cuando las formas son exigidas, no para la validez del contrato, pero para su prueba u oponibilidad[22].

Por un lado, la forma solemne, estando determinada de manera imperativa, priva a sus autores de la libre escogencia del modo de exteriorización de su voluntad, y es exigida para la validez del contrato[23]. Por el otro, las formas probatorias, a diferencia de las formas solemnes, no condicionan la validez del acto jurídico. En su ausencia, el acto existe, solo que simplemente corre el riesgo de no poder ser probado o de ser privado de eficacia[24]. Finalmente, las formas de oposabilidad o de publicidad no condicionan la validez del acto, pero sí su eficacia y oponibilidad en relación con terceros.

A pesar de la claridad aparente de estos criterios de selección, la clasificación de formas contractuales no permite destacar el elemento distintivo de las formas de protección del consentimiento. Principalmente porque realiza diferenciaciones en la sanción pero no en la naturaleza y el alcance de las formas[25].

En consecuencia, teniendo en cuenta los argumentos expuestos y teniendo claro que el objeto de esta tesis es el estudio del formalismo

---

21 Ibíd., p. 125.

22 Terré, Simler y Lequette, óp. cit., pp. 161 y ss.

23 Guerriero, óp. cit., p. 82.

24 Terré, Simler y Lequette, óp. cit., p. 179.

25 Forray, óp. cit., p. 126.

contemporáneo y la protección del consentimiento contractual, las clasificaciones tradicionales del formalismo no se tendrán en cuenta a la hora de abordar la materia. Entre otras cosas, porque las formas protectoras de la voluntad contractual entran difícilmente en las categorías clásicas que conocemos del formalismo.

Para ciertos autores, las exigencias de forma de protección de la voluntad hacen parte, en la mayoría de casos, del formalismo solemne y más raramente del formalismo probatorio. Otros consideran que estas formas constituyen un nuevo género que bien puede denominarse "formalismo de información" o "formalismo de protección". Sin embargo, su alcance y contenido aparecen, hasta el momento, borrosos, lo que sin embargo deja en evidencia las falencias[26].

Más precisamente, a propósito de la distinción entre formas solemnes y probatorias, es necesario señalar que para los efectos de este estudio, cuando hablamos de reglas de prueba nos encontramos incluso dentro del terreno del formalismo. De hecho, el derecho de la prueba ha sido tradicionalmente considerado por esencia formalista.

En este sentido, "si nos encontramos analizando la forma de los contratos, es necesario tomar en cuenta las reglas de prueba. Así como existe un formalismo probatorio, existe un formalismo solemne. Lo que permite pensar que los dos participan de una sola y misma tendencia del sistema jurídico"[27].

III. PRESENTACIÓN DEL INTERÉS DE ESTE ESTUDIO

En su célebre artículo sobre el renacimiento del formalismo, Jacques Flour presenta con mucha claridad una trilogía de las finalidades de las reglas de forma: el formalismo tiene como finalidad, en primer lugar, la protección del consentimiento; en segundo lugar, la protección a terceros; y finalmente, persigue objetivos de seguridad y de rapidez[28].

---

26 ÉTIENNE MONTERO, Prólogo al texto de Jacquemin, óp. cit., p. 8.

27 FORRAY, óp. cit., p. 132.

28 FLOUR, óp. cit., p. 93.

En este orden de ideas y dejándonos llevar por una línea teleológica, este trabajo de investigación pretende estudiar el rol del fenómeno formalista contemporáneo en la búsqueda de la finalidad de protección de la voluntad contractual.

Así entonces, es preciso excluir del objeto de este trabajo las manifestaciones del formalismo que buscan proteger a los terceros (formalismo de publicidad) y el que tiene como objetivo la rapidez y seguridad. Esto deja claro que, a pesar de su presencia en el derecho contemporáneo, no nos referiremos al formalismo de publicidad, cuya finalidad es proteger a los terceros, lo que se encuentra totalmente excluido del presente estudio. Tampoco abordaremos el formalismo cambiario que busca, antes que nada, conciliar la simplicidad, rapidez y seguridad de las relaciones comerciales, y no precisamente la protección de la voluntad.

Es importante aclarar que esta investigación tiene por objetivo exclusivo el estudio del formalismo contemporáneo y la protección del consentimiento contractual, habida cuenta del gran interés que despierta su estudio en el contexto contemporáneo. En efecto, el formalismo es una institución bastante antigua del derecho civil, cuyo estudio despierta un especial interés en el derecho contemporáneo habida cuenta de su crecimiento por la relación que guarda con la protección de la voluntad. Es innegable que el formalismo contractual se ha convertido en una herramienta bastante útil y esencial del derecho contemporáneo para proteger el consentimiento contractual.

IV. PRESENTACIÓN DEL MÉTODO UTILIZADO

A propósito del formalismo, Jean Luc Aubert, durante las jornadas ofrecidas en homenaje a Jacques Flour, declaró: "Lo que sucede es que el tema de estas jornadas [el formalismo] es de una amplitud angustiante, en tanto que las diversas manifestaciones del formalismo lo convierten en una materia casi inabarcable y, en consecuencia, muy difícil de abordar"[29].

---

29 JEAN-LUC AUBERT, "Le formalisme (rapporte de synthèse)", *Rép. Défrenois,* 2000, p. 931.

Ante la complejidad y la inmensidad que caracteriza a este tema del formalismo, se hace entonces necesario el empleo de un método particular que permita cubrir todas las manifestaciones del formalismo contemporáneo y su rol en la protección de la voluntad contractual.

De igual manera debe quedar claro que la presente investigación, que se concretó en principio como una tesis para obtener el título de doctor en Francia, no es un trabajo de derecho comparado. Sin embargo, el método utilizado permitió realizar el acercamiento entre dos sistemas jurídicos, el francés y el colombiano, al ser mi nacionalidad y formación principalmente colombiana. En consecuencia, en el recorrido y la lectura del presente trabajo se evidenciará que, principalmente, las fuentes del derecho utilizadas son de origen francés, tomando como apoyo ocasional el derecho positivo colombiano, por lo cual realizaremos referencias eventuales.

Como razón adicional para la adopción de este método encontramos que el desarrollo legal y doctrinal en el derecho colombiano sobre el formalismo contemporáneo es poco abundante. Esto justificó que se adoptara como fuente principal el derecho positivo francés, con la aspiración de tomar este estudio como punto de partida e inspiración para posibles desarrollos en Colombia sobre la materia. En consecuencia, podemos afirmar que se trata de un estudio del derecho francés desde una perspectiva del derecho colombiano.

De esta manera, luego de exponer la materia y el interés del presente estudio, procederemos a presentar la estructura general del desarrollo de la investigación, elaborado a partir de dos pilares fundamentales del consentimiento en el derecho contemporáneo: la libertad contractual y la justicia contractual.

No es un secreto que uno de los principales objetivos del derecho privado de los contratos es hacer que el contrato sea el resultado del pleno ejercicio de la libertad contractual de las partes, siendo cada individuo el mejor juez de sus propios intereses. En esta medida, en principio, el ejercicio de la libertad contractual garantiza que el contrato propenda a la justicia contractual, confirmando así la sabiduría contenida en la célebre fórmula de Fouillée: "quien dice contractual dice justo".

Sin embargo, la justicia efectiva entre las partes solo se puede conseguir cuando la calidad de cada una de ellas les permite encontrarse en condiciones de igualdad y equilibrio contractual; es decir, en el escenario

del derecho común de los contratos, donde las partes se encuentran en aparente igualdad de posiciones contractuales.

En cambio, la desigualdad en las posiciones y condiciones contractuales tiende a llevar a las partes a una situación de presunción de desequilibrio, lo cual representa una amenaza contra el ideal de justicia contractual, que es lo que busca en todo momento el derecho privado de los contratos. Es lo que sucede con los contratos en el derecho del consumo, en los que, por una parte, se está en presencia de un profesional y, de otra, de un consumidor.

En este sentido, se hace necesario examinar estos dos escenarios a partir de abordajes independientes y distintos, lo que nos permitirá en la primera parte de este trabajo realizar el estudio del formalismo contemporáneo y la libertad contractual, para luego estudiar el formalismo contemporáneo y la justicia contractual en la segunda parte.

PRIMERA PARTE
FORMALISMO CONTEMPORÁNEO Y LIBERTAD CONTRACTUAL

El contrato, fuente de obligaciones, es indiscutiblemente obra de la voluntad de las partes. La gran conquista lograda por el movimiento voluntarista del siglo XVIII llevó a que la voluntad individual quedara en el centro de la formación del contrato, contribuyendo así al auge del principio de autonomía de la voluntad y al reconocimiento de su soberanía absoluta.

La teoría de la autonomía de la voluntad lleva a la proclamación de tres principios estrechamente relacionados entre sí: la libertad contractual, la fuerza obligatoria del contrato y el efecto relativo del contrato. Por su parte, a través del estudio del primero de estos, la libertad contractual, surge la doble dimensión de este principio: la dimensión formal y la material[1]. Así, la libertad contractual implica, en su forma, el principio del consensualismo según el cual el intercambio de voluntades basta para la formación del contrato[2].

De esta manera, la victoria del principio de autonomía de la voluntad condujo paralelamente al triunfo del consensualismo. La soberanía de la voluntad no implica solamente la potestad de crear vínculos contractuales por la mera voluntad, sino también la libertad de determinar las formas utilizadas para la exteriorización de ese querer individual.

Es precisamente a la luz de la relación entre dos elementos del principio de la autonomía de la voluntad, a saber, la libertad contractual en cuanto al fondo y el consensualismo en cuanto a la forma, que nos proponemos examinar, en esta primera parte, el formalismo contractual contemporáneo. El estudio del formalismo siempre ha encontrado justificación en el interés de proteger a las partes del contrato, incluso en el derecho clásico. En efecto, las exigencias de solemnidad a las que están sometidos ciertos actos constituyen precauciones que se toman para lograr, hasta donde sea posible, que el consentimiento de las partes sea fruto de la reflexión y otorgado con pleno conocimiento de causa[3].

---

1 "En cuanto al fondo, se expresa mediante una triple facultad: celebrar o no celebrar un contrato, escoger libremente al cocontratante, determinar libremente el contenido del contrato". FRANÇOIS TERRÉ, PHILLIPE SIMLER e YVES LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations,* 11.ª ed., Paris, Dalloz, 2013, p. 31.

2 Ibíd., p. 32.

3 GERARD COUTURIER, "Les finalités et les sanctions du formalisme", *Defrénois*, nº. 15-16, 2000, p. 881.

Siendo la protección de la voluntad contractual una de las finalidades más importantes del movimiento formalista contemporáneo, en esta primera parte estudiaremos precisamente la relación que existe entre el formalismo y la libertad contractual, con el propósito de demostrar el vínculo que existe entre estos dos conceptos a través de un abordaje a partir de las fuentes del formalismo.

En efecto, esta primera parte fue construida con el propósito de demostrar que, cualquiera que sea la fuente de la cual provenga, la regla de forma busca proteger la voluntad contractual y está al servicio de ella. Por una parte, en el formalismo de fuente legal, el legislador consagra reglas de forma como precauciones con el fin de lograr que el acuerdo sea la consecuencia de un consentimiento producto de la información y de la reflexión. Y por otra parte, en el formalismo de fuente convencional, este se pone al servicio de la voluntad de las partes, siendo ellas quienes podrán desarrollar sus propias reglas con el fin de proteger su consentimiento y el acuerdo.

Así, en el primer título de esta parte estudiaremos el formalismo de fuente legal y la protección de la voluntad como finalidad de las reglas de forma, cuyo origen se encuentra en el trabajo del legislador para luego tratar, en el segundo título, el formalismo de fuente convencional, etapa en la que abordaremos la voluntad contractual que da nacimiento a la regla de forma o de prueba.

TÍTULO I
EL FORMALISMO DE FUENTE LEGAL

Estudiar el formalismo contemporáneo y su relación con la libertad contractual nos lleva, como primera medida, a analizar el trabajo del legislador y su finalidad en la imposición de formas para la celebración del contrato. De ahí que para comenzar sea conveniente estudiar la evolución del formalismo y su renacimiento en el derecho contemporáneo de los contratos (capítulo 1), antes de adentrarnos en el análisis de las formas clásicas de protección de la voluntad y de sus manifestaciones modernas (capítulo 2).

CAPÍTULO I

Evolución del formalismo y libertad contractual: del ritualismo romano al formalismo utilitario del derecho contractual contemporáneo

Después de una larga evolución, el derecho privado de los contratos terminó por otorgarle al consensualismo el valor de principio, tras abandonar el formalismo primitivo propio del derecho romano. Surgió desde entonces un vigoroso vínculo entre libertad contractual y consensualismo (sección 1). Sin embargo, después del auge del movimiento consensualista, a finales del siglo XX, y con el proceso de renacimiento del formalismo contractual, se logró poner en evidencia su función utilitaria (sección 2).

SECCIÓN 1. DE LA CONSTRUCCIÓN DEL VÍNCULO CLÁSICO: LIBERTAD Y CONSENSUALISMO

Si bien es cierto que el formalismo ocupó un lugar fundamental en los sistemas primitivos de derecho de los contratos (A), de manera progresiva fue reemplazado por el consensualismo inspirado en la idea del poder de la voluntad para crear vínculos contractuales. El consensualismo fue así elevado al rango de principio como resultado del auge de las filosofías individualistas del siglo XVIII (B).

A. FORMALISMO ORIGINAL: FORMA VS. CONSENTIMIENTO EN LAS LEGISLACIONES PRIMITIVAS

Para estudiar la evolución del formalismo es necesario partir del derecho romano, sistema jurídico en el cual emerge en su expresión más primitiva (§1). Sin embargo, fue precisamente en el seno del derecho romano en donde el consensualismo apareció por vez primera en la historia del derecho de los contratos, cuando el acuerdo de voluntades encuentra un lugar en el proceso de formación del contrato (§2).

§1. RITUALISMO Y FUERZA CREADORA EN EL ANTIGUO DERECHO ROMANO

Para estudiar el formalismo en los sistemas primitivos es preciso partir del derecho romano. En efecto, este dio origen al formalismo en su expresión más primitiva.

Repasar, por ejemplo, las sociedades griegas no aportaría mayor cosa al estudio del formalismo, puesto que los derechos griegos son más realistas que formalistas[1].

En general, los sistemas primitivos se regían exclusivamente por la idea del formalismo contractual. Para que nacieran obligaciones[2] era imperativo recurrir al formalismo.

En el antiguo derecho romano reinaba el ritualismo y su fuerza creadora en materia de contratos. La forma era un principio rector para la elaboración del contrato. La existencia, en el derecho antiguo, de figuras formales como la *Sponsio, Abrogatio, confarreatio, manumissio, testamentum, nexum, mancipium, in iure cessio, sollutio per aes et libram,* entre otras, demuestran cierto rigor formal. Las relaciones contractuales romanas contienen ritos formales, lo que nos conduce al contrato como procedimiento formal[3].

De hecho, el antiguo derecho romano creía en la "eficacia de los ritos" a través de la magia. No trataba de saber quién se encontraba detrás de las relaciones "contractuales" entre las partes. El consentimiento y su primacía en materia de derecho de las obligaciones es una conquista posterior.

En efecto, en esa época, los romanos no conocían la palabra *contractus* (acto bilateral) cuya aparición data de la época clásica[4]. Anteriormente, los romanos solamente conocían los *actum* (acto unilateral). Así, para hablar de formalismo en el derecho primitivo hay que precisar que se trataba de un formalismo desprovisto de toda noción de voluntad.

---

1 En la época helenística, el simple intercambio de voluntades no bastaba para dar lugar a una acción judicial. Los griegos no tenían una noción clara del contrato como fuente de obligaciones. De acuerdo con la concepción griega, los contratos requerían de la realización de una prestación material, única manera de dar vida al contrato. La fuerza del contrato se derivaba de la necesidad, para el enajenador, de obtener, de parte del adquirente, una "satisfacción". David Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, Paris, Economica, 2007, p. 113.

2 Jean-Philippe Levy y André Castaldo, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, 2002, p. 656.

3 Que adquiere nuevo interés en el derecho contemporáneo de los contratos, como lo veremos más adelante.

4 Por lo general, el compromiso unilateral fue anterior a los compromisos bilaterales. Véase Deroussin, óp. cit., n.º 30, p. 118.

El pacto o simple convención no bastaba para que se pudiera originar una acción judicial que le permitiera a las partes hacer reconocer su derecho. Lo que le imprimía fecundidad al pacto era la forma ritual[5]. El consentimiento no jugaba papel alguno en el derecho primitivo de los contratos[6]. Ni siquiera existía una definición clara del consentimiento como fuente de obligaciones[7].

§2. UN LUGAR PARA EL ACUERDO DE VOLUNTADES Y LA APARICIÓN DEL CONSENSUALISMO EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO

El punto de partida del estudio del formalismo en el derecho romano es la prevalencia del principio heredado de la época antigua, *Nuda pactio actionem non parit*, según el cual la forma y los ritos son indispensables para validar las obligaciones, lo que significa que el acuerdo en sí mismo, es decir el "pacto nudo", no generaba ningún efecto jurídico.

Sin embargo, más tarde, en el derecho romano clásico, el acuerdo de voluntades encuentra cabida en la formación del contrato. En la época

---

5 A propósito del ejercicio comparativo de los roles de las formas en el derecho primitivo y en el contemporáneo, cabe anotar que en el derecho romano el pacto nudo (el acuerdo en sí mismo) era semejante a una mujer estéril. Actualmente, la forma busca proteger la voluntad creadora de las obligaciones. Ahora bien ¿será posible seguir afirmando que la forma le imprime fecundidad a la voluntad? Véase JEAN BART, *Histoire du droit privé,* 2.ª ed., Paris, Montchrestien, 2009, p. 358.

6 Como se verá más adelante, la noción actual de formalismo está muy distante de su concepción primitiva ya que el contemporáneo encuentra justificación en la necesidad de protección del consentimiento, que se encuentra en el núcleo de la relación contractual. Véase el acápite "§2. El formalismo utilitario" de este capítulo.

7 Sin embargo, Corbino matiza esta posición mayoritaria sobre la ausencia de voluntad para la formación del contrato en Roma ya que para él la forma del contrato no tenía fuerza para excluir completamente la intención de las partes. Por el contrario, era precisamente la intención de las partes la que determinaba la especificidad de los efectos del acto. Por ejemplo, en la *mancipatio,* la diversidad de los efectos del pacto dependía del objetivo previsto por las partes. La voluntad define los efectos de la *mancipatio* específica en cuestión. Véase ALESSANDRO CORBINO, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, 2.ª ed., Torino, Giappichelli, 2006.

clásica, el importante tráfico por el mar Mediterráneo favoreció el desarrollo del poder comercial de Roma. Así, a partir del siglo II a. C. se puede apreciar el paso de una sociedad romana agrícola a una sociedad notoriamente comercial.

Esta transformación es definitiva ya que, paralelamente, los romanos vieron emerger un nuevo derecho gracias al trabajo del pretor. Este nuevo derecho significaría la flexibilización del formalismo[8]. Los antiguos tipos de contratos romanos ya no permitían resolver ciertos problemas de la práctica comercial clásica y le cedieron entonces el campo a los contratos innominados, de manera que la noción de consensualismo ingresó al derecho de los contratos.

En efecto, durante la época clásica, el derecho romano le reconoció la calidad de contrato a ciertas convenciones, bajo la noción de contratos consensuales. Gaius (III, 135) presenta la lista: compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato.

De esta manera, el tema del consentimiento comienza a abrirse paso hasta llegar a dominar finalmente el razonamiento de los pretores y jurisconsultos, quienes, en sus intervenciones, exigían que todo contrato hubiera sido verdaderamente fruto del consentimiento. Y se atrevieron a darle al consentimiento efectos del derecho por fuera del *actum* del derecho antiguo[9].

Durante la época clásica, el acuerdo de voluntades (*conventio*) gana un lugar en el orden jurídico, hasta llegar a situarse en el corazón del contrato. Los romanos vivieron la aparición de la noción de acuerdo de voluntades sin haber conocido antes una diferenciación neta entre las diversas fuentes de las obligaciones[10].

En efecto, algunos autores consideran incluso que el consensualismo dio sus primeros pasos en el derecho romano, precisamente en la época en

---

8 Milagros Koteich, Martha Lucía Neme y Édgar Cortés, "Formalismo negocial y neoformalismo. ¿Fundamento del sistema o protección de la parte débil?", *Revista Derecho Privado,* n.º 9, 2005.

9 Deroussin, óp. cit., n.º 32, p. 118.

10 Juliano, por ejemplo, denominaba *contractus* a toda operación que diera origen a una obligación, ya sea que el resultado fuese o no deseado por las partes. Paulo y Ulpiano denominaban *contractus* a toda especie de obligación.

que se liberaba del derecho arcaico de los pontífices, mediante la acción de los pretores, entre los siglos III y I a. C.[11].

A pesar de esto, es oportuno afirmar que aunque los romanos comenzaran a considerar la etapa de formación del contrato y contribuyeran a la aparición de una noción embrionaria de libertad contractual, esto no significa que el derecho romano haya realmente formulado una concepción voluntarista del contrato.

Por lo demás, en la época de Justiniano, los romanos nunca tuvieron una concepción consensualista del contrato: el consensualismo sería más bien creación de Domat o de los autores del siglo XVI[12], tal como lo veremos más adelante.

B. Antecedentes del principio del consensualismo: móviles del nacimiento del principio de consensualismo

La adopción del principio del consensualismo no fue fortuita. Es el resultado de una evolución a través del tiempo. El sistema contractual de la Edad Media lo fue introduciendo progresivamente (§1), pero su consolidación se dio sobre todo en los tiempos modernos (§2).

§1. En la Edad Media

El hecho de situar la voluntad en el corazón del contrato hizo emerger el principio del consensualismo a nivel formal. De acuerdo con este principio, para ser válido, el contrato no depende del cumplimiento de las condiciones de forma.

Sin embargo, el reconocimiento total del consensualismo como principio solamente se obtuvo al cabo de un largo proceso de evolución del derecho de los contratos. A este respecto, se ha llegado a afirmar que incluso durante la Edad Media el formalismo perduró y fue poco a poco que el voluntarismo llegó a dominar la creación del contrato[13].

---

11 Deroussin, óp. cit., p. 118.

12 Jean Gaudemet, *Droit Privé Romain,* 2.ª ed., Paris, Montchrestien, 2000, p. 264.

13 Abdelrahim Abdalla Fathy, *Aspects nouveaux du formalisme dans les contrats, étude comparative*, Le Caire, Publications de l'Université du Caire, 1974.

Este proceso, que culmina con lo que se ha llamado el triunfo del consensualismo, fue precedido por la influencia de los diferentes movimientos de la Edad Media. El renacimiento del derecho romano con los comentaristas y con la influencia de los canonistas del derecho consuetudinario contribuyó a la idea de que el consentimiento era suficiente para generar obligaciones y para que su modo de exteriorización no fuera sistemáticamente prescrito por la ley.

Los glosadores y comentaristas contribuyeron al surgimiento del consensualismo al atenuar el formalismo heredado del derecho romano. Después de la reaparición del famoso ejemplar antiguo del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, los glosadores de la Edad Media emprendieron la labor de redescubrir la noción de consentimiento del derecho romano. Según ellos, el pacto nudo, a diferencia de lo que establecía el derecho romano clásico, era válido. Genera una obligación natural. Así, tomaron en consideración el poder de la voluntad en la formación del contrato. Sin embargo, estos autores siguen fieles a la idea de que la simple voluntad no genera obligación en todos los casos.

La evolución hacia el consensualismo, iniciada por los pretores en nombre de la buena fe, se vio confirmada bajo el impulso de los canonistas de la Edad Media en nombre de la moral cristiana.

En efecto, los canonistas eran mucho menos restrictivos que los romanos. En virtud del carácter sagrado de un juramento promisorio y apoyándose en el Evangelio, defendieron la eficacia de la simple promesa como principio jurídico, desde finales del siglo XII.

Le aportaron al derecho la idea del respeto hacia la palabra dada y hacia la fuerza moral de los compromisos contractuales. Bajo la influencia de los principios religiosos y del derecho canónico surgió la máxima del *Solus Consensus Obligat*. El derecho canónico tomó como fuente, por un lado, la idea romana de la *fides* y, por otra, el espíritu moral de la Iglesia, y terminó admitiendo que el consentimiento bastaba para generar obligación[14].

A la inversa, cabe recalcar que si bien la base teológica de las construcciones canónicas es evidente, para comprender el adagio *Solus Consensus*

---

14 Según la mirada de los canonistas, "el consentimiento adquiría su carácter obligatorio como consecuencia de una limitación teológica ejercida sobre la voluntad y no de una autonomía de esta última". Ibíd., n.º 39.

Obligat del derecho canónico hay que considerar que su fundamento no es estrictamente teológico sino también moral. Es decir, que a pesar de la inspiración religiosa del derecho canónico, hay que anotar que la idea que tenía de consensualismo se estructuraba más bien sobre el principio moral de respeto hacia la palabra dada.

Según Ripert, para llegar a la concepción de voluntad soberana fue necesario, a través de los siglos, que la religión cristiana le impusiera a los hombres la fe en la palabra escrupulosamente respetada[15]. En otras palabras, gracias a los canonistas, el derecho de la Edad Media conoció el significado y el valor de la palabra dada, y en consecuencia da fe del nacimiento del principio de consensualismo.

Si bien es cierto que el aporte de los canonistas fue de suma importancia para la consagración posterior del principio de consensualismo, estos se mostraron tímidos en cuanto a la interpretación del *Pacta Sunt Servanda*. Los canonistas se caracterizaron por el temor a transformar el consensualismo, entendido como máxima de tipo moral, en regla de derecho. Lo anterior encuentra explicación en el peligro que implica la formación de vínculos jurídicos mediante la mera manifestación de la voluntad, que no deja ninguna huella de su materialización. Si se establece un contrato sin forma, las partes corren el riesgo de celebrarlo a la ligera, sin esfuerzo de reflexión y de internalización.

Al final de la Edad Media, con el debilitamiento de la influencia de la Iglesia, la teoría canonista fue reemplazada por nuevas teorías filosóficas, económicas y políticas, todas ellas inspiradas en el individualismo, que interviene en la génesis del principio de autonomía de la voluntad.

§2. EN LOS TIEMPOS MODERNOS

A diferencia de las tendencias de la Edad Media, los tiempos modernos se caracterizaron por la defensa de la primacía del individuo. El hombre está en pleno corazón del mundo. El individuo se encuentra en la base del edificio social. Es una voluntad libre.

---

15 Marcel Planiol y Georges Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 2.ª ed., t. II, Paris, LGDJ, 1957, p. 125.

Hugo Grocio hizo desaparecer el fundamento teológico que caracterizaba al derecho natural en la Edad Media. Para él, el universo estaba dominado por las leyes naturales de carácter racional; el derecho natural era inteligible e inmutable. De acuerdo con la tesis de Hugo Grocio, podría afirmarse que el derecho natural existe, incuso en el caso en que se niegue la existencia de Dios[16].

Desde finales del siglo XVI, la escuela del derecho natural moderno defendió las ideas de libertad y de igualdad. Si los hombres son por naturaleza iguales y libres, solo pueden ser sometidos por su propia voluntad[17]. El triunfo de estas ideas se vio favorecido por los movimientos individualistas y voluntaristas del siglo XVIII, cuya influencia fue decisiva.

Según Rousseau, Kant y Fichte, la fuerza del contrato no procede de un poder extranjero sino de la existencia de la voluntad humana. Vemos aquí cómo la teoría de la autonomía de la voluntad sirve de fundamento para la organización civil. Más que una máxima de derecho privado, la autonomía de la voluntad estuvo en la base de la noción de autoridad y de poder en el Estado moderno[18].

El movimiento individualista inspirará la construcción de la teoría de la autonomía de la voluntad y, por consiguiente, el principio del consensualismo. "Para los individualistas, la libertad ilimitada corresponde al ideal jurídico hacia el cual tiende la teoría clásica en el acto jurídico; la voluntad lo es todo; es el único elemento esencial para su formación, siendo a la vez la base única de su interpretación"[19].

Por su parte, los voluntaristas proclaman la preeminencia de la voluntad. El voluntarismo es una doctrina de la filosofía general según la cual "el fondo de las cosas debe ser concebido no por analogía con las ideas de inteligencia, sino con las tendencias irracionales de la voluntad"[20]. La victoria del voluntarismo es un fenómeno moderno"[21].

---

16 HUGO GROCIO, *Del derecho de presa, del derecho de la guerra y de la paz*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

17 PLANIOL y RIPERT, óp. cit., n.º 43, p. 125.

18 Abdalla Fathy, óp. cit., n.º 43, p. 139.

19 Ibíd.

20 ANDRÉ LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 17.ª ed., Paris, PUF, 2002.

21 MICHEL VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, 2.ª ed., Paris, Dalloz, 2002, p. 272.

Para Kant y Fichte, la voluntad humana aparece como el factor esencial en la creación, modificación y extinción de los derechos y de las obligaciones. El derecho no es más que la coexistencia de la libertad. Identifican el derecho (en el sentido subjetivo) con la libertad y con la autonomía de la voluntad. Alfred Reig afirma "La voluntad es la causa primera del derecho"[22].

Para Thomas Hobbes, la razón es un cálculo al servicio de la voluntad individual. Finalmente, para Locke, el derecho del hombre a la libertad se entiende como fundamento de la libertad de celebrar o no un contrato[23].

Los frutos del voluntarismo jurídico fueron recogidos a través de frases que sobreviven aún en nuestros días, como por ejemplo: "se está obligado por el contrato y porque así se quiso" o "el contrato es la manifestación de la voluntad humana".

En este sentido, el libre arbitrio de la voluntad humana conduce al principio del consensualismo, a la regla de la libertad de las formas. El consensualismo se entiende como un homenaje a la libertad individual, creadora del derecho[24].

De esta manera, el nacimiento de las bases filosóficas del principio del consensualismo se sitúa en medio del asentamiento de las teorías individualistas y voluntaristas del siglo XVIII. El nacimiento de este principio se dio en el entorno individualista y voluntarista propio de esta etapa histórica y bajo esta lógica surgió como la expresión última de la libertad contractual.

En la medida en que la libertad se encuentra en la idea de manifestar su propia voluntad con plena libertad, se justifica la construcción de un vínculo lógico inicial entre libertad y consensualismo. Dicho vínculo fue confirmado a través de la consagración del principio de consensualismo en el Código Civil napoleónico, lo que dio lugar a lo que se ha llamado el triunfo del principio del consensualismo.

---

22 ALFRED RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, tesis, LGDJ, 1961.

23 DEROUSSIN, óp. cit., n.º 36, p. 120.

24 ABDALLA FATHY, óp. cit., p. 132.

SECCIÓN 2. DEL AUGE DEL CONSENSUALISMO AL FORMALISMO UTILITARIO

El consensualismo fue principalmente el resultado del avance de las ideas individualistas y voluntaristas de la modernidad. Logró izarse hasta la cumbre en materia de formación del contrato y fue consagrado como principio (A). Sin embargo, en el proceso de evolución, el debilitamiento del voluntarismo favoreció la aparición de un nuevo concepto: el formalismo utilitario al servicio de la protección de las partes en el contrato (B).

A. EL TRIUNFO DEL CONSENSUALISMO Y LA CONSAGRACIÓN DEL PRINCIPIO

Después de una larga evolución, el derecho de los contratos situó la voluntad contractual en el centro de la formación del contrato. De esta manera, la práctica contractual y el triunfo de los ideales voluntaristas hacen del consensualismo el principio de la formación del contrato (§1), que pasa a ser consagrado por la legislación francesa (§2).

§1. EL TRIUNFO DEL CONSENSUALISMO

En la modernidad, las consecuencias de la evolución se hacen visibles: crecimiento de las relaciones económicas y multiplicación de las relaciones jurídicas en razón de la especialización de las profesiones, de la división del trabajo en cada rama de la actividad humana y de la producción industrial intensificada. El contrato libre se impone como instrumento de satisfacción por excelencia frente las necesidades del momento.

En cuanto a la forma, las ideas voluntaristas afirmaron que la consecuencia directa del principio de la voluntad libre es el principio de la libertad de forma. De esta manera, la conquista de los movimientos voluntaristas e individualistas de la modernidad se tradujeron en la adopción del consensualismo como principio en materia de formación de los contratos[25].

---

25 La doctrina más extendida en el derecho contemporáneo afirma que el consensualismo era presentado como un derivado lógico del voluntarismo. Sin embargo, debe tenerse claro

Así entonces, el principio de la autonomía de la voluntad, regla de fondo en materia de formación de los contratos, se traduce en la afirmación según la cual el hombre es dueño no solo del alcance, sino también de la forma de expresión de su voluntad[26].

De esta manera se estableció el vínculo entre libertad y consensualismo. La posibilidad de celebrar contratos sin exigencia de forma fue concebida como el instrumento más eficaz para el pleno ejercicio de la libertad contractual y, en consecuencia, para la fluidez de las transacciones en un mercado moderno y rápido.

Este análisis implicaba afirmar entonces que la soberanía de la voluntad, tenida como consecuencia, aparta todo formalismo en la creación de los derechos y obligaciones. El consentimiento basta para celebrar un contrato, contrariamente a lo sostenido por el derecho romano[27].

El surgimiento del principio del consensualismo conllevó a darle una significativa preponderancia a la realización y la expresión de la voluntad, sin preocuparse en ese momento por la idea de equilibrio de las obligaciones ni por la responsabilidad derivada del abuso de las posiciones contractuales. La proporcionalidad de las obligaciones, el equilibrio económico del contrato y los demás valores pasan a un segundo plano, siendo suficiente el respeto y expresión de una voluntad libre e independiente, creadora del contrato[28].

Durante dicho período, los únicos límites frente a la voluntad autónoma y soberana eran las restricciones impuestas por la ley en el caso de un contrato celebrado con menores o en presencia de dolo, violencia o error. En otras palabras, el estudio de la voluntad contractual en esta etapa se limitaba a la sanción de los vicios de consentimiento[29]. Esto, como lo

---

que se trata de dos movimientos distintos. Véase JACQUES FLOUR, JEAN LUC AUBERT y ERIC SAVAUX, *Droit civil, les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, 14.ª ed., Paris, Sirey, 2010.

26 JAQUES FLOUR, "Quelques remarques sur l'évolution du formalisme", en *Etudes offertes à Georges Ripert*, t. 1, Paris, LGDJ, 1950, p. 95.

27 ABDALLA FATHY, óp. cit., p. 147.

28 Ibíd., p. 128.

29 El hecho de que se limitara la voluntad contractual al estudio de los vicios del consentimiento permite emitir ciertas reservas basados en la complejidad histórica del fenómeno consensualista. Sin embargo, es poco refutable considerar los vicios del consentimiento

demostraremos más adelante, se encuentra bastante distante de los mecanismos de protección de la voluntad consagrados en el derecho contemporáneo, como lo son el control de las posiciones contractuales, las cláusulas abusivas y la protección del consumidor a través del formalismo informativo.

De la misma manera, las nociones de orden público y de abuso de derecho eran apreciadas como límites de la voluntad. Para el individualismo, estas reglas tienen su principio y fin en el derecho subjetivo del individuo, mucho más que en principios de justicia superior o de interés social[30].

Así las cosas, el consensualismo, concebido como instrumento a favor de la libertad contractual, produce dos series de consecuencias. La primera consiste en la simplificación y el despojo de los elementos formales del contrato, y la segunda, en la construcción de una relación esencial entre el intercambio de consentimientos y su régimen[31]. El consensualismo siempre estuvo vinculado con el intercambio de consentimientos basado en el fundamento moral y sustancial del poder de creación jurídica del consentimiento y de la libertad como fuente última de los derechos y obligaciones.

§2. LA CONSAGRACIÓN DEL PRINCIPIO

En el siglo XIX, el proceso de codificación en materia civil no fue ajeno al contexto histórico del momento. Se le conoce como el siglo del individualismo y las ideologías de entonces se reflejaban en el Código Civil de 1804, que asiste al triunfo del principio del consensualismo.

Así, la consagración del consensualismo es un reflejo de las tendencias del pensamiento jurídico propio del siglo. Por lo demás, el Código francés de 1804, inspirado en las ideas eminentemente individualistas de la Revolución de 1789, tuvo una innegable influencia en los sistemas jurídicos de Europa y América Latina.

En ese entorno individualista, la ausencia de referencia a las exigencias formales del contrato en el Código Civil de Napoleón, es decir el silencio

---

como una etapa decisiva dentro del consentimiento. VINCENT FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, tesis, LGDJ, 2007, p. 321.

30 Ibíd.

31 Ibíd., p. 307.

del Código, fue entendida como la consagración del consensualismo como principio. En efecto, el Código Civil francés, que menciona en su artículo 1108 las condiciones para la formación del contrato, no estipula ninguna exigencia de forma, lo que llevó a concluir que el contrato se formaba con el mero intercambio de voluntades.

El Código Civil de 1804, inspirado especialmente en las obras de Domat y Pothier, consagra el principio del consensualismo. Sin embargo, desde su expedición, fue concebido como un principio no absoluto, limitado por formas contractuales excepcionales. El papel del formalismo en los sistemas puramente consensualistas surge como primera medida de la necesidad, en algunos casos, de proteger la voluntad y permitir que el consentimiento de las partes sea fruto de la reflexión y se exprese con pleno conocimiento de causa.

En el Código Civil colombiano la situación es semejante. El artículo 1502 establece las condiciones para la validez de un contrato: capacidad, consentimiento, objeto y causa. Asimismo, no hace mención de la exigencia de forma. Sin embargo, si bien no hay artículo específico en donde se consagre el consensualismo, la lectura atenta del Código Civil nos lleva a constatar que el consensualismo es el principio general.

La superioridad moral del principio del consensualismo se mantuvo, con el paso de los siglos, basada en la noción de libertad contractual. Desde un punto de vista histórico, el consensualismo es considerado la marca de las sociedades evolucionadas, pues simbolizaría a las sociedades respetuosas de la moral y de la libertad, puesto que confirma la palabra dada y le concede valor predominante al poder de la voluntad[32].

Actualmente, el principio del consensualismo está presente en nuestro sistema jurídico y el formalismo sigue siendo considerado una excepción firmemente arraigada en la literatura jurídica[33]. En este sentido,

---

32 Abdalla Fathy, óp. cit., p. 150.

33 El artículo 1172 del Código Civil francés, modificado por la Ordenanza del 10 de febrero de 2016, mediante la cual se reformó la parte de obligaciones y contratos de dicho texto normativo, establece: "Los contratos son el principio consensuales. Por excepción, la validez de los contratos solemnes estará subordinada al cumplimiento de formas determinadas por la ley, y ante la ausencia de estas el contrato será nulo, salvo posible reglamentación. Adicionalmente, la ley puede subordinar la formación de ciertos contratos a la entrega de una cosa".

el simple acuerdo de las partes es suficiente, en principio, para crear una relación jurídica[34].

Sin embargo, poco a poco, con el paso del tiempo, se ha asentado el concepto y contenido del principio del consensualismo, y con la transformación del derecho de los contratos se han ido sumando nuevas nociones, entre ellas las propias del debilitamiento del movimiento voluntarista.

B. El debilitamiento del voluntarismo contractual y el renacimiento de un formalismo utilitario contemporáneo

La evolución en la práctica contractual provocó el debilitamiento del voluntarismo contractual y la desmitificación del papel de la voluntad en el período de formación del contrato. Gracias a estos cambios, durante la segunda mitad del siglo XVIII, la filosofía socialista comienza a ganar terreno en materia de derecho de las obligaciones (§1) y a modificar el papel del formalismo contractual, transformado en razón de su función utilitaria (§2).

§1. El espíritu social y el contrato como situación jurídica objetiva

La evolución del derecho de los contratos provocó la decadencia del movimiento individualista y voluntarista, así como también la llamada crisis de la teoría general del derecho de los contratos. El gran poder que se le reconocía tradicionalmente a la autonomía de la voluntad desaparece y la teoría general de los contratos pierde su base filosófica.

Sin embargo, no estudiaremos el fondo de la crisis de la teoría general del derecho de los contratos. Específicamente, lo que no interesa aquí es el estudio de las causas del debilitamiento del voluntarismo, que finalmente

---

34 A pesar de que en la doctrina se comience a hablar del mito de la consensualidad, con fundamento en el aumento de contratos formales en el derecho contemporáneo y de la innegable presencia del formalismo en los contratos actuales.

le abrieron el campo al renacimiento de un formalismo contemporáneo y utilitario[35].

Los cambios económicos y sociales estimularon la integración de la filosofía socialista en materia de derecho de las obligaciones y el estudio del contrato como situación jurídica objetiva. La Revolución Industrial y el aumento de las relaciones entre comerciantes que negociaban, incluso sin conocerse, condujeron, entre otras cosas, a la propagación del espíritu socialista, caracterizado por el vigoroso ataque contra las doctrinas individualistas y por la arremetida contra el principio de autonomía de la voluntad[36].

Burke, Maistre y Savigny no tuvieron dificultad en demostrar la vanidad de los sistemas de Rousseau y Kant. Desvalorizaron la ridícula pretensión del individuo todopoderoso creador del derecho. Para ellos, el derecho es obra de la historia, del espíritu nacional y del bien común, fuerzas objetivas impersonales que, por una parte, son superiores a la voluntad del individuo, y que, por otra, están en perpetuo contacto con las realidades sociales que se incorporan al derecho en la medida de su evolución[37].

Esto contribuyó a la desmitificación del papel de la voluntad en el mecanismo contractual.

> Es la ley y solamente ella la que consagra la existencia de la obligación contractual, y lo hace no en atención a las voluntades de los cocontratantes, sino como mecanismo regulador de los "centros de interés" que representan las partes. Así, el contrato no es más que una situación jurídica a la cual la ley le concede efectos de derecho, y los compromisos contractuales resultan de la autoridad de la ley[38].

---

35 Lo cual resulta paradójico ya que, a pesar del debilitamiento del voluntarismo, la finalidad más importante del formalismo contemporáneo es la protección de la voluntad. De hecho, el formalismo es un instrumento neto del derecho al servicio de la voluntad contractual. Véase Jean Luc Aubert, "Le formalisme (rapport de synthèse)", *Rép. Défrenois,* 2000, p. 931.

36 Abdalla Fathy, óp. cit., p. 150.

37 Friededrich Karl vons Savigny, *La ciencia del derecho,* Buenos Aires, Editorial Losada, 1949.

38 Jean Luc Aubert y François Collart Dutilleul, *Le contrat. Droit des Obligations*, 4.ª ed., Paris, Dalloz, 2010, p. 25.

Bajo esta óptica, el acto jurídico deja de ser obra de las voluntades y es apreciado como un medio para alcanzar un objetivo legítimo. Escribe Duguit: "La manifestación voluntaria de un individuo, quienquiera que sea, en sí misma no tiene poder para crear un efecto de derecho. El hecho de derecho es un hecho social. Ahora bien, una voluntad individual no puede, por su sola fuerza, producir un efecto social"[39].

En este sentido, Josserand afirma:

> El contrato se sustrae cada vez más a la acción común y concertada de las partes. Deja de ser un entendimiento alcanzado bajo la égida de la libertad, realizada por el juego de voluntades iguales y autónomas, para convertirse en una operación dirigida ya sea por los poderes públicos, representados aquí por el legislador y por el juez, o por uno solo de los contratantes que impone al otro su fórmula y sus condiciones[40].

En otras palabras,

> Al salir de una adolescencia impregnada de individualismo, la teoría general sufrió una fuerte crisis de crecimiento, marcada por el cuestionamiento del dogma de la autonomía de la voluntad que la había dominado y explicado hasta entonces. Y sucede que, frente a la desestabilización por este fundamento perdido aparecen derechos más jóvenes, llenos de vitalidad, movidos por un poder natural de expansión, tales como el derecho del consumo o el de la competencia, cuyas reglas sacuden, por decir lo menos, los principios clásicos de consensualismo, libertad contractual y cualquier otra fuerza obligatoria[41].

Así, en materia de forma en el contrato, el debilitamiento del voluntarismo hubiera podido transformar también el ideal de consensualismo contractual como consecuencia de las teorías solidarias e intervencionistas.

---

39 Abdalla Fathy, óp. cit., p. 152.

40 Louis Josserand, "Aperçu général des tendances actuelles de la théorie générale des contrats", *RTD civ.*, 1937, p. 2.

41 Catherine Guelfucci-Thibierge, "Libres propos sur la transformation du droit des contrats", *RTD civ.*, 1997, p. 357.

El contrato arquetipo, libre de forma, quedaría en tela de juicio. De esta forma, el derecho contemporáneo de los contratos establece un modelo de contrato más limitante y más formal con miras, especialmente, a proteger la voluntad de las partes.

§2. EL FORMALISMO UTILITARIO

Tras el auge del derecho objetivo y de las ideas socialistas a finales del siglo XX, algunos autores comienzan a hablar de renacimiento del formalismo contractual.

En 1950, Flour escribe: "Si el formalismo está realmente terminando de morir, su agonía es bien lenta"[42]. En 1950, en el mismo sentido, Gény afirma que el formalismo, lejos de desaparecer, "parece en sí mismo permanecer para siempre como uno de los instrumentos indispensables dentro de una buena técnica jurídica"[43].

En efecto, desde hace largo tiempo, el legislador impone ciertas formalidades que no son esenciales para la formación del contrato, pero que tienen como propósito garantizar su eficacia[44]. Así, la forma se ha convertido en el instrumento más eficaz para proteger el consentimiento de las partes. En un entorno en el cual los contratantes corren el riesgo de celebrar contratos a la ligera, en ocasiones incluso sin conocer a la otra parte, el formalismo en la etapa de formación del contrato permite ayudarle a la parte considerada "débil" a esclarecer su voluntad y protegerla de contratos abusivos y desequilibrados.

En otras palabras se trata, de hecho, de una nueva utilización de las formalidades que sirven para garantizar la protección de una de las partes, informándole acerca de sus derechos y de sus obligaciones[45]. Un nuevo formalismo utilitario al servicio de la voluntad.

---

42 FLOUR, óp. cit., t. I, p. 94.

43 FRANÇOIS GENY, *Science et technique en droit privé positif: Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, t. III, Paris, Sirey, 1921, p. 121.

44 ELISE CHARPENTIER, "Un paradoxe de la théorie du contrat: L'opposition formalisme/consensualisme", *Les cahiers du droit*, vol. 43, n.º 2, 2002, p. 288.

45 Ibíd., p. 290.

A pesar de la aparente contradicción entre libertad y formalismo, la libertad contractual en el derecho contemporáneo solo se realiza plenamente a través de la implementación de actos formales. La forma como técnica permite que la voluntad sana se desarrolle libremente y, en consciencia, proteja la libertad de los contratantes[46].

En este sentido, Ihering escribe: "Enemiga jurada de lo arbitrario, la forma es la hermana gemela de la libertad […]. La forma es el contenido, desde el punto de vista de su visibilidad. La forma siempre supone el contenido. No hay ni contenido sin forma, ni forma sin contenido"[47].

En el derecho contemporáneo de los contratos, una cosa es cierta: sin acuerdo de voluntades no puede haber contrato. El respeto de la voluntad parece ser una de las mayores preocupaciones del derecho. Los medios para lograrlo varían, pero esta idea es uno de los fundamentos tanto del consensualismo como del formalismo[48].

Es evidente que la filosofía individualista de Kant sigue estando presente en nuestro derecho actual, cuando el ideal jurídico es también la idea de la autonomía de la voluntad reconciliada con la razón y armonizada con la voluntad general.

Por ello, es importante anotar que, en el fondo, el formalismo contemporáneo trata de garantizar la conservación de la noción de autonomía de la voluntad enunciada por Kant. El objetivo principal del formalismo moderno es el de proteger la voluntad de las partes.

Sin embargo, para comprender el formalismo utilitario contemporáneo es necesario conciliar las ideas individualistas y voluntaristas con aquello que el espíritu socialista le aportó al derecho de los contratos. En efecto, el formalismo contractual contemporáneo tiene como propósito la restricción de la voluntad individual, en principio infinita, con el fin de armonizarla con valores superiores íntimamente ligados a la protección del interés general.

---

46 Abdalla Fathy, óp. cit., p. 128.

47 Rudolf von Ihering, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, Madrid, Comares, 1998, p. 277.

48 Charpentier, óp. cit., p. 287.

Es con razón que Stuart Mill afirma: "Ningún hombre puede hacer la más mínima cosa sin la seguridad. Dependemos de ella cuando queremos sustraernos del mal y darle al bien todo su valor durante un período que vaya más allá del momento actual"[49]. En ese sentido, el formalismo moderno se deriva también de esta idea.

Así, es evidente que el formalismo contemporáneo es uno nuevo, cuyo concepto difiere del concepto del formalismo clásico romano. "El formalismo contemporáneo, en las antípodas de ese otro concepto, se encuentra, por el contrario, esencialmente al servicio del consentimiento"[50]. Además, se diferencia del formalismo clásico, reservado para los actos más graves, ya que el nuevo formalismo contemporáneo, por el contrario, es una "asistencia prestada a los contratantes más débiles"[51].

De esta manera es posible afirmar que el resurgimiento del formalismo no es fortuito, sino que está íntimamente ligado al papel protector que se le suele dar. Así, se trata de "el formalismo al rescate del consensualismo"[52]. En suma, la forma se pone al servicio de la voluntad individual.

Así, el formalismo utilitario del derecho contemporáneo usa numerosas herramientas para proteger la voluntad de las partes contratantes. Estas formas contemporáneas de la voluntad serán el objeto de estudio del siguiente capítulo.

---

49 John Stuart Mill, *El utilitarismo: un sistema de la lógica*, libro VI, cap. XII, Madrid, Alianza, 2007.

50 Aubert, óp. cit., p. 939.

51 Ibíd.

52 Charpentier, óp. cit., p. 288.

CAPÍTULO 2

Las formas clásicas de protección de la voluntad y sus manifestaciones modernas

Con el fin de identificar las formas contemporáneas de protección de la voluntad, daremos algunos ejemplos de formas del derecho clásico que corresponden a aquellas que son las más frecuentes en el derecho actual. El principal criterio para determinar las formas que se van a analizar en este capítulo[1] ha sido la recurrencia con la cual se exigen dichas formas a los contratos. También las hemos escogido en razón del interés que revisten desde el punto de vista del derecho contemporáneo de los contratos.

Cabe precisar que aquí no profundizaremos en el vasto tema del formalismo informativo. Procederemos entonces a enunciar algunas formas informativas[2] y a señalar los elementos constitutivos que hacen posible su identificación desde la perspectiva del derecho común. Vamos a recorrer los diferentes tipos de formas de protección de la voluntad demostrando su vocación primera, garantizar la libertad contractual, independientemente de la especialidad del área del derecho[3].

Estudiaremos primero el escrito como forma clásica por excelencia (sección 1), antes de abordar las manifestaciones modernas de las formas clásicas y, en particular, el formalismo electrónico (sección 2).

SECCIÓN 1. EL ESCRITO COMO FORMA CLÁSICA POR EXCELENCIA

Antes de estudiar las formas contractuales, es esencial abordar el estudio del escrito como forma clásica por excelencia. Cuando se habla de "escrito" no solo se está haciendo alusión al documento escrito. En un sentido más general, se puede concebir como las formas alfabéticas adoptadas por los sonidos propios de la lengua hablada. Ciertamente se trata de una forma que, en sí misma, ha estado tradicionalmente al servicio de la voluntad contractual y del contrato (A). Pero el escrito también ha sido el instrumento más significativo en el desarrollo de lo que se conoce como "formalismo del escrito contractual" y de todas sus formas tradicionales (B).

---

1 En otras palabras, la lista aquí propuesta no es exhaustiva.

2 Aquellas que, a juicio nuestro, son las más visibles e importantes.

3 En la segunda parte, "Formalismo contemporáneo y justicia contractual", vamos a estudiar el tema del formalismo informativo desde el punto de vista del derecho del consumo, que es el terreno más fértil para la propagación de las formas informativas.

A. LA ESCRITURA

La importancia de la escritura va más allá del campo contractual. Se trata de una forma antiquísima y clásica nacida de la necesidad de las personas de prolongar en el tiempo los pensamientos y las ideas. Conocer el inicio de la escritura y su historia es realmente importante (§1), como también lo es el estudio de la noción de "escrito" como forma del contrato (§2).

§1. EL NACIMIENTO DE LA ESCRITURA

La escritura es un instrumento muy antiguo. Apareció hace más de 5000 años en las riberas de los ríos de la Mesopotamia y surgió de la necesidad de fijar mensajes y dejar consignados hechos y pensamientos de manera duradera.

En el IV milenio a. C., la esplendorosa civilización sumeria, asentada entre los dos ríos que le dan su nombre a Mesopotamia, el Tigris y el Éufrates, legó a la humanidad la escritura, revolucionario invento cuya trascendencia no ha cesado de crecer hasta nuestros tiempos. La comunidad que vería nacer la escritura estaba establecida en una ciudad que en ese entonces se llamaba Uruk (hoy Warka), en la baja Mesopotamia, en el margen izquierdo del Éufrates[4].

La escritura atenúa la fugacidad propia de la lengua hablada, hace posible transcribir el lenguaje oral y, como consecuencia, logra estabilizar las ideas y hacer que permanezcan en el tiempo. Es una transcripción gráfica de los sonidos utilizados por las personas para comunicar entre sí, un sistema que permite expresar de manera duradera los sentimientos y las ideas[5].

Lo mismo sucede en el campo contractual, cuya misión principal consiste en conservar las palabras a través del tiempo. Así, la escritura como instrumento de contrato surge de la necesidad de hacer perdurar el contenido del contrato, ya que el escrito contractual es la imagen visible, legible y perenne del contenido del acuerdo.

---

4 LOUIS-JEAN CALVET, *Historia de la escritura. De Mesopotamia hasta nuestros días,* Madrid, Paidós, 2001, p. 43.

5 JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *Ensayo sobre el origen de las lenguas,* México, Fondo de Cultura Económica, 1982, p. 24.

§2. EL ESCRITO COMO FORMA DEL CONTRATO

El escrito surge como forma del contrato[6], puesto que la importancia de ciertos contratos hace necesaria la elaboración de un documento escrito. Consignar el contenido del contrato en un medio escrito permite a las partes materializar el verdadero alcance de las obligaciones que contraen, protegiendo así su voluntad. Además, el escrito surge como un audaz medio de prueba[7] de lo que contenía el acuerdo entre las partes, ya que la escritura prolonga el mensaje más allá del eco físico de los sonidos[8].

El escrito, como forma del contrato, no es una herramienta tan reciente como sí lo son otras. Mientras el sistema formalista romano estaba ampliamente dominado por la oralidad[9], existe constancia del uso de la escritura como instrumento de los romanos para fijar el contenido de los contratos, como por ejemplo la *transcriptio a re in personam,* que consistía en la consignación de la operación en los libros de contabilidad del *pater familias*, o los *syngrapha* que podían tener dos efectos: probatorio (*chirographum)* o de existencia (*syngraphum*)[10].

La escritura es la forma por excelencia de todas las épocas. Aún hoy numerosas legislaciones contemporáneas exigen que el contrato sea redactado por escrito. Para ciertos actos jurídicos, la ley exige que se deje constancia por escrito de ciertas cláusulas específicas. En ocasiones, para

---

6 El escrito implica necesariamente un medio, en el cual aparecen signos que expresan un lenguaje. Véase HERVÉ JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel: mécanisme de protection de la partie faible*, Paris, Larcier, 2010, p. 121.

7 Cabe mencionar, a propósito de la función probatoria del escrito como forma de contrato, la disposición más expansiva al respecto, a saber, el artículo 1341 del Código Civil, norma aún vigente en el derecho francés. Este tema lo abordaremos en el momento oportuno, cuando estudiemos la exigencia de una prueba literal. Véase el aparte "Sección 1. La libertad de las partes para concertar las reglas de la prueba".

8 CALVET, óp. cit., p. 18.

9 Caracterizado por la utilización de signos, actos y palabras sacramentales, como, por ejemplo, la lanza, signo de propiedad para los romanos.

10 FABIO ESPITIA GARZÓN, *Historia del derecho romano,* 4.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 228.

determinados actos, la ley exige *ad solemnitatem,* que se redacte un escrito, sin exigir necesariamente su autenticación[11].

La formalidad que consiste en consignar por escrito el contenido del contrato encuentra justificación principalmente en el hecho de que hace posible exteriorizar el contenido preciso del contrato. De esta manera, las diversas funciones que ejerce el escrito como forma del contrato reciben reconocimiento.

Además de cumplir con su función informativa, soporte para garantizar la claridad del contenido del contrato, el escrito tiene otras funciones en el marco del derecho contemporáneo de los contratos. Según Hervé Jacquemin, tiene la triple función de garantiza la legibilidad, la perennidad y la integridad de la información[12].

---

11 Así, en primera instancia, se pueden identificar dos tipos clásicos de formas escritas: el documento privado y el acto auténtico o escritura pública. La solemnidad más frecuente es el acto auténtico, es decir, el documento redactado por un funcionario público (art. 1317 del Código Civil francés y art. 243 del Código General del Proceso en Colombia). Cuando este funcionario es un notario, se trata de un documento público conocido como escritura pública (art. 13, Decreto 960 de 1970, Estatuto del Notariado en Colombia). Para proceder a una escritura pública se requiere una voluntad más fuerte que para el documento privado. De esta manera, se protege la voluntad más débil, tanto más cuando el notario tiene como funciones la de ejercer como consejero. El Código Civil francés exige la figura de escritura pública para cuatro contratos patrimoniales: donación (art. 931), contrato matrimonial (art. 1394), constitución de hipoteca (art. 2127) y subrogación convencional por voluntad del deudor (art. 1250). Philippe Malaurie, Laurent Aynes y Philippe Stoffel-Munck, *Droit civil, Les obligations*, 2.ª ed., Paris, Défrenois, 2005, p. 264. Sin embargo, es importante señalar que la escritura pública no será objeto de profundización en esta sección ya que no presenta mayor interés para ser analizada bajo el ángulo del derecho contemporáneo. Para ahondar sobre este tema, véase Marie Antoinette Guerriero, *L'acte juridique solennel*, tesis, LGDJ, 1975, pp. 322 y ss.

12 "No basta con afirmar que el escrito tiene como función la de exteriorizar una información para delimitar correctamente las funciones de la formalidad. El diálogo entre un vendedor y un comprador también tiene la función de exteriorizar diferentes informaciones. Sin embargo, este intercambio oral no cumple las mismas funciones que la redacción de un documento escrito, en el cual conste la información allí consignada. En efecto, el escrito permite garantizar la legibilidad, la perennidad y la integridad de la información". Jacquemin, óp. cit., n.º 89, p. 121.

Al hablar de legibilidad de la información, el autor explica que el escrito le permite al destinatario de la información tomar conocimiento del documento, directa o indirectamente[13]. Por perennidad se refiere a que la información consignada en el documento escrito "debe poder ser leída con posterioridad, durante determinado tiempo, después de haber sido fijada en un soporte"[14]. Finalmente, sobre la integridad de la información, Jacquemin explica que el escrito es una garantía, al impedir la modificación posterior de la información consignada. Sin embargo, según el autor, sería "excesivo exigir que dicha información sea inalterable"[15].

La legibilidad, la perennidad y la integridad, además de ser funciones, son atributos del documento escrito que buscan proteger el consentimiento de las partes. El uso de un documento escrito en la celebración de un contrato le brinda a las partes la posibilidad de saber con exactitud a qué se están comprometiendo. El escrito refuerza la toma de conciencia de las partes en cuanto al contenido del contrato.

Cabe mencionar que la forma, que consiste en consagrar lo acordado mediante un escrito, siempre debe ir acompañada del deber de lectura. La forma no podrá cumplir con su finalidad si las partes no le añaden, al uso de la forma misma, una lectura a conciencia del contenido del documento escrito, para así tener una verdadera noción de las obligaciones y derechos contenidos en el documento[16].

Está claro entonces que el escrito como forma de contrato ha cumplido tradicionalmente diversas funciones y finalidades que son las razones determinantes que explican que este instrumento siga siendo una de las formalidades más usuales del derecho contemporáneo para proteger el consentimiento de las partes.

---

13 Los signos son directamente inteligibles cuando el destinatario puede comprenderlos sin intervención de nadie. Se habla de legibilidad indirecta a partir del momento en que la información requiere de una traducción, realizada por un tercero o mediante algún procedimiento técnico. Ibíd., p. 123.

14 Ibíd., p. 124.

15 Ibíd., p. 126.

16 Sobre el deber de lectura, véase el aparte "§2. El carácter esencial de la información omitida y la protección de la voluntad de la parte débil".

Además, el escrito es el instrumento base utilizado para el desarrollo del formalismo del escrito contractual. Precisamente, la escritura es la herramienta que está al servicio de las formas escritas tradicionales conocidas como documento público y documento privado, tal como lo veremos enseguida.

B. EL FORMALISMO DEL ESCRITO CONTRACTUAL

El formalismo consistente en el escrito contractual fue el más extendido y estudiado en el derecho clásico debido a que el documento privado es precisamente el instrumento que se beneficia de las múltiples ventajas del escrito como forma contractual (§1). Con el desarrollo del derecho moderno de la autenticidad, el notariado y el documento público evolucionaron como forma de contrato (§2).

§1. EL DOCUMENTO PRIVADO Y EL DOCUMENTO PRIVADO AVALADO POR ABOGADO

Cuando se está en presencia de la forma escrita, el documento privado debe ser estudiado, ya que la escritura constituye precisamente su elemento esencial. En efecto, para que un documento privado sea válido, se necesita, en principio, acudir a dos formas: un escrito y la correspondiente firma[17].

En primer lugar, el escrito es la forma principal para la realización del documento privado. El documento privado es, en efecto, muy sencillo. Puede ser redactado por las partes, por una sola de ellas o por un tercero. No existe ninguna exigencia en cuanto al medio en el que se consigne el escrito. Puede ser mecanografiado, escrito en hojas impresas o en soporte

17 El Código Civil francés consagra, en sus artículos 1372 y s., disposiciones relativas al documento privado. Más precisamente, el artículo 1372, modificado por la Ordenanza del 10 de febrero de 2016, mediante la cual se reformó la parte de obligaciones y contratos del Código Civil dispone que: "el documento privado, reconocido por la parte a la cual se le opone, o legalmente considerado como habiendo sido reconocido por esta, da fe de su existencia entre quienes los suscribieron y entre quienes son sus herederos o sus causahabientes".

electrónico. Tampoco hay exigencia complementaria en cuanto al contenido del documento, como lo sería, por ejemplo, la inclusión obligatoria de alguna mención. Así, una carta misiva constituye un documento privado cuando ha sido debidamente firmada[18].

En segundo lugar, en todos los casos, el documento privado requiere de una firma[19]. La firma identifica al autor del documento y expresa su voluntad. "Su forma es sencilla y puede incluso haber sido estampada con anterioridad, es decir, firma en blanco. Si se trata de papel, la firma debe ser manuscrita"[20].

Ciertamente lo que le imprime valor al documento y al compromiso que en el yace es la firma. Ahora, ¿qué debemos entender por firma?

> La firma es el signo gráfico que permite identificar al autor de un acto jurídico. Es a la vez una condición de forma y de fondo. Certifica la presencia de un firmante del documento y marca su intención de darle a dicho documento un carácter definitivo. Podríamos definirla como una marca personal que identifica al firmante (elemento material) estampada voluntariamente, con intención de firmar (*animus signandi*)[21].

El escrito privado ha sido catalogado como una forma práctica. En efecto, "tiene la ventaja de que no implica ningún costo y de que es redactado de manera fácil y rápida. Consiste en la elaboración de un escrito, que debe ser obligatoriamente firmado por las partes pero que, en principio, no necesariamente debe ir fechado"[22].

Sin embargo, en ciertos casos, el documento privado requiere de formalidades suplementarias. En el ordenamiento jurídico francés, si se trata de un contrato sinalagmático, la ley exige un doble original. En los casos de compromisos unilaterales, se necesita una mención manuscrita.

---

18 Malaurie, Aynes y Stoffel-Munck, óp. cit., p. 283.

19 Sobre la noción y efectos de la firma electrónica, véase el aparte "B. Formalismo electrónico de protección".

20 Malaurie, Aynes y Stoffel-Munck, óp. cit., p. 283.

21 Guerriero, óp. cit., p. 326.

22 Ibíd., p. 322.

En el caso de documentos privados que contengan convenciones sinalagmáticas, el artículo 1325 del Código Civil francés exige que se redacten tantos originales como haya partes interesadas. Dicho artículo consagra el llamado formalismo del doble o múltiple original, que consiste en que se expidan múltiples originales y en que se deje constancia del número de originales expedidos[23].

La formalidad del doble original permite evitar impugnaciones, ya que le brinda a cada una de las partes un medio de prueba eficaz. Así, el objetivo de esta regla es garantizar, en los contratos sinalagmáticos, la igualdad de todas las partes en el plano probatorio. A este respecto, puesto que se trata de una forma probatoria, la jurisprudencia ha establecido que, en caso de ausencia de dicha formalidad, el documento no es nulo pero en cambio sí está desprovisto de valor probatorio, aunque vale como principio de prueba por escrito[24].

Por lo demás, para los contratos unilaterales y los compromisos unilaterales en relación con una suma de dinero o un bien fungible, el artículo 1376 del Código Civil francés[25] exige que debe haber constancia de ello en un título que contenga la firma de quien suscribe el compromiso, así

---

23 El formalismo del original múltiple en materia de documentos privados está consagrado en el artículo 1375 del Código Civil francés, modificado por la Ordenanza del 10 de febrero de 2016, mediante la cual se reformó la parte de obligaciones y contratos.

24 "El artículo 1325 estipula únicamente la nulidad del escrito como medio de prueba, más no la de la convención de la que deja constancia". Francia, Casación, 3.ª civ., Sentencia del 26 de junio de 1973, *Bull. civ.*, III, n.º 444.

25 Anteriormente, el artículo 1376 exigía para los contratos unilaterales relativos a una suma de dinero o a una "cosa apreciable" que el deudor hubiera escrito, a mano, ya sea la totalidad del documento privado o la mención "válido para" (*Bon pour*), seguida de la suma o de la cantidad en letras o "Aprobado" (*Approuvé*), y mantuvo solamente la exigencia de reproducción manuscrita del monto, en cifras o letras, o de la cantidad determinada. El actual artículo 1376 del Código Civil francés, ajustado por la Ordenanza del 10 de febrero de 2016, que modificó la parte de obligaciones y contratos de ese texto normativo consagra que "el documento privado mediante el cual una sola de las partes se compromete con la otra parte a pagarle una suma de dinero o entregarle un bien fungible, únicamente tendrá carácter probatorio si contiene la firma de quien suscribió el compromiso junto con la mención, escrita de su puño y letra, de la suma o cantidad en letras y cifras. De haber diferencia, valdrá la suma escrita en letras".

como la mención escrita "por él mismo" de la suma o cantidad tanto en letras como en cifras[26].

Esta formalidad implica que el texto elaborado sea fruto de una mayor reflexión y reduce los riesgos de falsedad, gracias a la marca personal de quien se compromete[27]. De hecho, es obligatoria en el caso de compromisos unilaterales como el contrato de garantía y el mandato otorgado para constituirse en garante[28].

En cambio, no cabe duda de que el texto no se aplica a los documentos públicos[29], a las obligaciones relativas a un cuerpo cierto o a la obligación de hacer o de no hacer, como sería el caso, por ejemplo, de una promesa de contrato. Para ningún contrato sinalagmático se exige la mención manuscrita, como tampoco para los actos extintivos como una renuncia[30].

A propósito del contenido de la mención manuscrita, la jurisprudencia definió el alcance de la obligación en caso de compromiso "indefinido" o "indeterminado". Así, cuando la obligación de garantía no contiene cifra en el momento de adquirir el compromiso –lo que los tribunales califican erróneamente como compromiso "indefinido" o "indeterminado"–, el artículo 1376 del Código Civil, que prescribe la mención manuscrita de la suma que el deudor se obliga a pagar, no puede ser respetado al pie de la letra. Lejos de descartar dicho texto, la Corte de Casación transformó su espíritu y su papel: "de no aparecer mencionada una suma, la garantía

---

26 "La omisión de la mención manuscrita en cifras, exigida por el artículo 1326, no tiene como efecto privar al escrito de su fuerza probatoria, siempre y cuando contenga la mención de la suma en letras". JACQUES MESTRE, Observación sobre Cass. 1.ª civ., 19 dic. 1995, *Bull. civ*. I, n.º 467, *RTD civ*. 1996.620.

27 GUERRIERO, óp. cit., p. 333.

28 "Las disposiciones del artículo 1326 solo son aplicables a las obligaciones, promesas o compromisos de pagar, en tanto que en el caso en cuestión se trataba de un aplazamiento de deuda, de una renegociación para beneficiar de prestaciones". Francia, Casación, 1.ª civ, Sentencia del 15 de junio de 1973, *Bull. civ.* I, n.º 205.

29 LAURENT AYNÈS, Observación sobre Cas. com., Sentencia del 20 de marzo de 1990, *Bull. civ*. IV, n.º 83, *D*. 1990, somm. 383; Francia, Casación, 1.ª civ., Sentencia del 2 de julio de 1991, *Bull. civ*. I, n.º 225.

30 Por ejemplo, Francia, Corte de Casación, Cas. Com., Sentencia del 27 de noviembre de 1991, *Bull. civ*. IV, n.º 364.

deberá contener en el *instrumentum* una mención escrita de su puño y letra, en la cual se exprese bajo cualquier forma, pero en todo caso de manera explícita, que se conoce la naturaleza y el alcance de la obligación"[31].

El desconocimiento de esta exigencia no conlleva a la nulidad del documento, pero sí su ineficacia probatoria. La omisión de la mención manuscrita no influye sobre la validez de la obligación. Tiene como efecto dejar al documento sin fuerza probatoria. Sin embargo, el documento es válido como principio de prueba escrita y puede ser completado por elementos exteriores al documento, material o intelectualmente[32].

En el derecho colombiano, este régimen fue abandonado con la entrada en vigor de los artículos 187 y 232 del Decreto 1400 del 6 de agosto de 1970 (actualmente arts. 176 y 225 del Código General del Proceso), que reemplazó al texto del título XXI del libro 4 del Código Civil colombiano[33].

Dejando un momento de lado el punto del documento privado simple, pasemos al estudio de la consagración en Francia, mediante la Ley 2011-331 del 28 de marzo de 2011, del documento privado avalado por abogado.

Es esta una variedad de documento privado simple en la cual la firma de un abogado certifica que este profesional aconsejó e informó plenamente a las partes acerca de las consecuencias jurídicas del acto[34]. Este texto confirma un evidente desarrollo del deber de asesoría que incumbe a los abogados en el derecho contemporáneo. Esto no significa innovación alguna, puesto que ya es conocido que "al abogado le obliga un deber de consejería extremadamente amplio y riguroso, ya que debe ilustrar a los clientes que acuden a sus servicios cuando celebran un contrato, y debe proporcionarles una información dinámica adaptada a su perfil social y económico,

---

31 Francia, Corte de Casación, 1.ª civ., Sentencia del 3 de marzo de 1970, *Bull. civ.* I, n.º 80 p. 66, Dalloz 1970, 403, nota Laurent Aynès.

32 Cl. Gonon, Nota sobre Cass. 1.ª civ, Sentencia del 4 de marzo de 1997, *Bull. civ*. I, n.º 80, jcp G, 1997.II.2954; Jean Luc Aubert, Observación sobre Cass. 1.ª civ., 4 de marzo de 1997, *Bull. civ*. I, n.º 80, *Defrénois*, 1997, art. 36591, n.º 77.

33 Jean Luc Aubert, Observación sobre Cass. 1.ª civ., 4 de marzo de 1997, *Bull. civ*. I, n.º 80, *Defrénois*, 1997, art. 36591, n.º 77.

34 En el derecho colombiano no existe ningún texto legal que consagre esta forma contractual. Lo cual no es óbice para contemplar la posibilidad de consagración normativa de esta herramienta.

garantizar la eficacia de los documentos elaborados bajo su autoridad y dar muestra de su deber de competencia"[35]. En consecuencia, podemos afirmar que en lo que respecta al deber de información, el texto legal lo que hace es solamente codificar la jurisprudencia de la Corte de Casación[36].

Además, el acto de abogado tiene en la práctica como función la de "servir los intereses del público dentro de una economía que estimula un amplio movimiento de liberalización de los servicios jurídicos entre los cuales se encuentra la redacción de documentos a nombre de terceros"[37].

Ciertamente, se puede pensar que el acto del abogado constituye "un instrumento al servicio de la seguridad jurídica, reservado a los abogados en razón de la especificidad de su profesión, debido a la vez a su formación, su deontología y su conocimiento de lo contencioso, todo lo cual les permite, mejor que a otros profesionales, anticipar eventuales dificultades redaccionales"[38].

En realidad, la verdadera innovación que contiene el texto legal que acabamos de citar consiste sobre todo,

> Como lo subrayó Michel Grimaldi en que, al poner en pie de igualdad la asesoría del notario y la del abogado en las disposiciones relativas a la protección del consentimiento, en la medida en que el acto de abogado, elimina, al igual que la escritura pública, la exigencia legal de una mención manuscrita, la nueva ley sugiere "la idea de una identidad misional o de función" del notario y del abogado, tendencia que, de llegar a confirmarse, podría conducir, a largo plazo, a que se asimilaran los actos instrumentales, que serían recibidos por los unos y avalados por los otros[39].

---

35 Denis Mazeaud, "Contrats: L'acte sous seing privé contresigné par avocat", *Revue des contrats*, 1 juillet 2011, n.° 3, p. 874.

36 El artículo 1374 del Código Civil francés, modificado por la Ordenanza del 10 de febrero de 2016, mediante la cual se reforma el derecho de los contratos, establece que "el documento privado avalado por abogado da fe de la escritura y de la firma de las partes. La demanda por falsedad, prevista por el Código de Procedimiento Civil le es aplicable. Este documento no requiere de ninguna mención manuscrita, exigida por la ley".

37 Christophe Jamin, "L'acte d'avocat", *Recueil Dalloz,* 2011, p. 960.

38 Ibíd., p. 961.

39 Mazeaud, óp. cit., p. 876.

§2. EL DOCUMENTO PÚBLICO

Si bien en la práctica, en numerosos casos, los términos en francés *acte authentique* y *acte notarié* se confunden puesto que la gran mayoría de los documentos públicos adquieren dicha calidad mediante la firma de un notario, no hay que olvidar que, de conformidad con el artículo 1369 del Código Civil francés, así como el artículo 243 del Código General del Proceso colombiano, otros funcionarios públicos pueden también conferirle autenticidad a los documentos que certifican[40]. Ahora bien, al lado de los notarios hay que citar como funcionarios públicos a los del estado civil y a los secretarios judiciales[41].

Es así como, si el funcionario público es un notario, estamos ante una variedad de documento público (*acte authentique*), denominada escritura pública (*acte notarié*). Para celebrar una escritura pública se requiere una voluntad más fuerte que la que se necesita para un documento privado. De esta manera se protege la voluntad más débil, tanto más cuanto que el notario debe ejercer su deber de consejero. Sin embargo, el cálculo de la ley en ocasiones se frustra ya que existen voluntades influenciables. También hay notarios que no aconsejan en absoluto y otros cuya asesoría es inadecuada (en cuyo caso, el objetivo legal se cumple indirectamente mediante el efecto de la responsabilidad notarial)[42].

El Código Civil francés en su artículo 1369 estipula que el documento público o acto auténtico "es aquel que ha sido otorgado por funcionarios públicos habilitados para instrumentar en el lugar en donde el documento ha sido redactado y con las solemnidades requeridas". Sin embargo, la

---

40 La ordenanza del 10 de febrero de 2016, mediante la cual se reforma el derecho de los contratos franceses, consagra en el artículo 1369 que "el documento público es aquel que ha sido recibido, con todas las solemnidades requeridas, por un funcionario público con competencia para instrumentar. Podrá ser elaborado en medio electrónico si es expedido y conservado en condiciones fijadas por decreto del Consejo de Estado. Cuando es recibido por un notario, está exento de cualquier mención manuscrita exigida por la ley".

41 RAOUL ROUXEL, *Recherche des principes généraux régissant l'évolution contemporaine du formalisme des actes juridiques*, tesis, Caen, 1934, p. 39.

42 MALAURIE, AYNES y STOFFEL-MUNCK, óp. cit., p. 264.

ley no da una definición de autenticidad, lo que hace difícil comprender a cabalidad la noción de documento público[43].

Así, lo primero que debemos averiguar es en qué consiste la autenticidad de un acto auténtico. ¿Qué significa "*acte authentique*"? Según el diccionario Cornu, la autenticidad consiste en la "calidad del objeto o del documento (obra, escrito, etc.) cuyo autor y cuyo origen se han comprobado especialmente con base en una certificación"[44]. El mismo diccionario define "auténtico" como "Que en realidad tiene autor o los orígenes que se le atribuyen"

A propósito de la noción de acto auténtico, cabe mencionar que no se entiende cómo la palabra "auténtico", que significa claro y transparente y que naturalmente quiere decir "que verdaderamente tiene el autor o los orígenes que se le atribuyen", en materia de formas contractuales tiene un significado paradójico ya que su autenticidad debe ser certificada por un tercero, llamado funcionario público. Entonces, si el documento ha sido realmente escrito en limpio y de manera auténtica (como lo indica la palabra), no debería ser necesario certificar su origen. Según este enfoque, no cabe duda de que el sentido del término "auténtico" se vería desdibujado.

En este sentido, el verdadero acto auténtico sería aquel que no deja ninguna duda en cuanto a su origen o su autor. En consecuencia, en el caso de documentos suscritos ante funcionario público o notario no debería hablarse de "auténtico" sino de "autenticado", ya que es precisamente la autenticidad la que debe ser certificada.

A pesar de esta dificultad conceptual, no cabe duda de que en materia contractual, el acto auténtico es aquel que debe suscribirse ante un funcionario público (en la mayoría de los casos ante un notario) y que debe respetar algunas formas particulares exigidas por la ley. Ciertamente, algunos autores consideran que es esta la exigencia más estricta y que dichas exigencias se justifican en razón de la importancia de la información

---

43 En el derecho colombiano, el artículo 243 del Código General del Proceso establece la definición de "documento público". El artículo 13 del Decreto 960 de 1960 también establece la definición de escritura pública, que sería el equivalente de *acte notarié* en el derecho colombiano.

44 Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, 8.ª ed., Paris, PUF, 2007. Véase "*Authenticité*".

y de la protección de las partes cuando proceden a "actos particularmente importantes y peligrosos para su vida patrimonial. El acto auténtico tiene entonces como objetivo evitar la celebración de dichos contratos sin suficiente reflexión y proteger a las partes contra cualquier presión exterior"[45].

Así pues, cabe preguntarse cuáles son las condiciones y las formas exigidas por la ley para este tipo de formalidad.

En lo que respecta a las condiciones de elaboración requeridas por el acto auténtico, "A diferencia del documento privado, que se expide en tantos originales como haya partes interesadas[46], el documento que constituye el soporte material de la escritura pública es único"[47].

Por lo demás, la ley exige que el documento, al ser redactado, contenga una "fecha cierta". Así, "el documento debe enunciar la o las fechas en las cuales las partes firman. La escritura puede ser cifrada. En cambio, la fecha de la firma del documento por parte del notario deberá obligatoriamente ir escrita en letras"[48]. La escritura pública debe contener también, entre otras cosas, la mención del estado civil completo, domicilio, profesión de los comparecientes y número de hojas.

En el derecho colombiano, el Decreto 960 de 1970, que contiene el Estatuto del Notariado en Colombia, estipula que la elaboración de la escritura pública debe respetar ciertas etapas. Como primera medida, se requiere una etapa llamada de "recepción", que consiste en percibir las declaraciones de las partes y en el desarrollo de la labor de asesoría de parte del notario. Luego viene la etapa de "extensión", que consiste en la inclusión de ciertas declaraciones en el texto de la escritura pública. Y, finalmente, una etapa de "otorgamiento" de la escritura pública, durante la cual las partes revisan el texto y firman el documento. La firma del notario es indispensable en el derecho colombiano; sin ella el documento no adquiere

---

45 Tien Dien Nguyen, *Le formalisme en matière contractuelle*, tesis, Université Paris 2 Panthéon Assas, 2001, p. 82.

46 Sobre el formalismo del doble ejemplar, véase el aparte "§1. El documento privado y el documento privado avalado por abogado".

47 Didier Froger, "Contribution notariale à la définition de la notion d'authenticité", *Defrénois*, n.° 3, 2004, p. 176.

48 Ibíd., p. 177.

carácter de escritura pública. Otra condición, muy importante según la ley colombiana, es la de la fecha de la escritura[49]. A pesar del silencio de la ley acerca de la exigencia de la fecha de la escritura pública, la Corte Suprema de Justicia colombiana establece que la ausencia de exigencia de la fecha expresa por parte de la ley, no implica que no sea una condición indispensable para la escritura pública[50].

En consecuencia, se observa que las formas exigidas para el acto auténtico son sencillas. Primero, se requiere un escrito como forma básica. El escrito debe estar consignado en soporte papel o en medio electrónico. La Ley del 13 de marzo de 2000 en Francia incluyó el segundo inciso del artículo 1369 del Código Civil, y la redacción del documento por un funcionario público puede realizarse en medio electrónico[51].

De otra parte, la escritura pública requiere de la firma como forma del contrato. Tanto la firma de las partes[52] como la firma del notario[53] autentica el contenido del documento jurídico, lo que implica la presencia de notario[54]. Además, la ley francesa estipula que el acto auténtico debe contener

---

49 Jairo Parra Quijano, *Manual de derecho probatorio*, 18.ª ed., Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2011, p. 564.

50 Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 13 de junio 1983, M.P. Humberto Murcia Ballén.

51 El artículo 1369 del Código Civil francés, modificado por la Ordenanza del 19 de febrero de 2016, mediante la cual se reforma el derecho de los contratos, estipula expresamente que el documento público puede ser elaborado en medio electrónico.

52 "La firma de las partes ni siquiera es necesaria en el derecho (pero se requiere entonces un segundo notario). Es la confirmación del notario la que le confiere fuerza al documento". Alain Benabent, *Droit Civil, Les Obligations*, 12.ª ed., Paris, Montchrestien, 2010, p. 89.

53 De conformidad con lo estipulado por el artículo 1370 del Código Civil francés, el acto auténtico que carezca de alguna de las exigencias de forma valdrá como documento privado si ha sido firmado por las partes.

54 "La esencia de la autenticidad se encuentra claramente en la recepción del documento. Se caracteriza esencialmente por la presencia del notario. La fuerza superior del documento público con relación al documento privado radica en la presencia simultánea de las partes y del funcionario público o, en ciertos casos y bajo ciertas condiciones, del asistente habilitado para tal fin". Froger, óp. cit., p. 179.

obligatoriamente ciertas menciones, entre las cuales, las que acabamos de mencionar.

En el ordenamiento jurídico francés, ciertamente,

> todos los *actes notariés*, ya sean solemnes o no, deben respetar ciertas formas. Pero ciertos actos solemnes están, además, sometidos a formas especiales. Las formas generales de todos los documentos actualmente están previstas por el Decreto 71-941 del 23 de noviembre de 1971. Algunas formas llamadas "reglamentarias" no tienen incidencia en la validez del documento, y solo son sancionadas mediante una multa. La mayoría de ellas, llamadas "instrumentales", son necesarias para la validez del documento[55].

El Código Civil francés impone la forma notarial para cuatro contratos patrimoniales: donación (art. 931), matrimonio (art. 1394), constitución de hipoteca (art. 2127) y subrogación convencional por voluntad del deudor (art. 1250). "Según los autores, esta exigencia obedece a la importancia del documento y a la protección de los diferentes intereses en juego; protección que se estima suficientemente realizada mediante la presencia, generalmente acompañada de asesoría seria, de parte del notario"[56].

Mediante leyes posteriores, la forma ante notario le ha sido impuesta a ciertos actos jurídicos. Es el caso, por ejemplo, de la venta de inmuebles por construir (art. L.261-11 del Código de Urbanismo y Habitación), del contrato de alquiler con derecho de compra (Ley del 12 de julio de 1984) y de la cesión de patentes de invención (Ley del 5 de julio de 1844), entre otras.

A pesar de todo, el documento público está revestido de una fuerza particular. El artículo 1371 del Código Civil francés estipula que el acto auténtico da fe plena de la convención allí contenida entre las partes contratantes y goza de presunción de autenticidad mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos.

> La impugnación de autenticidad, único medio para combatir esta fuerza probatoria, es un procedimiento pesado y excepcional, que puede conducir al notario instrumental a comparecer ante un Tribunal penal, ya que la falsedad

---

55 Guerriero, óp. cit., p. 298.

56 Rouxel, óp. cit., p. 39.

> en escrituras públicas es un delito (sancionado con pena de hasta 15 años de reclusión, y una multa de 225.000 euros, art. 441-4 del nuevo Código Penal)[57].

La fuerza probatoria del acto auténtico se aplica únicamente al contenido relativo a hechos que el funcionario público haya constatado él mismo. "El notario es un testigo privilegiado, cuyo testimonio tiene un valor excepcional en razón de las terribles consecuencias que tendría para él una demanda por falsedad en el ejercicio de sus funciones"[58].

Para el caso colombiano, el artículo 244 del Código General del Proceso establece que "los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso".

El acto auténtico, al igual que el documento privado, son las formas más conocidas y clásicas de formalismo del escrito contractual. Lo anterior nos lleva a afirmar, con plena libertad, que el escrito es la forma clásica por excelencia. Sin embargo, no hay que olvidar las manifestaciones modernas de las formas clásicas. De ahí que vayamos ahora a estudiar el formalismo electrónico.

SECCIÓN 2. LAS MANIFESTACIONES MODERNAS DE LAS FORMAS CLÁSICAS: EL FORMALISMO ELECTRÓNICO

Las innovaciones en materia tecnológica y la evolución de la sociedad al ritmo de dichos cambios hicieron necesaria la adecuación de las normas jurídicas del comercio jurídico y particularmente del contrato. Así, las disposiciones del Código Civil de 1804 tuvieron que ser adaptadas mediante nuevas disposiciones legales, tras la aparición del escrito en su forma electrónica, que trajo consigo la posibilidad de celebrar contratos por vía electrónica.

Por lo tanto, resulta pertinente estudiar ahora las especificidades de la celebración de contratos por vía electrónica (A) y los instrumentos

---

57 Benabent, óp. cit., p. 89.

58 Malaurie, Aynes y Stoffel-Munck, óp. cit., p. 290.

consagrados por la ley a fin de proteger la voluntad contractual en materia de formalismo electrónico de protección (B).

A. LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

El contrato electrónico es aquel en el que el encuentro de voluntades se realiza por vía electrónica (B). Así, un contrato será electrónico cuando la aceptación haya sido dada por algún medio electrónico. Poco importa si las partes negociaron en presencia una de otra o si, por ejemplo, la oferta se realizó por correo ordinario. Lo que hace que un contrato sea considerado electrónico es el encuentro de voluntades. En esa línea se hace indispensable analizar la forma utilizada por las partes para celebrar ese contrato por vía electrónica y conocer qué es lo que la ley ha consagrado a propósito del escrito electrónico (A).

§1. EL ESCRITO ELECTRÓNICO

> Históricamente, la forma, puramente ritual en sus orígenes, pasó a ser esencialmente escrita. La escritura, en el sentido tradicional, a saber la inscripción literal en un soporte papel, amenazada por verse suplantada por otros modos de comunicación más virtuales, llevó a que se planteara el tema de la readecuación de las formalidades tradicionales escritas[59].

En nuestros días, con el desarrollo de las redes electrónicas, se hace necesario saber si el soporte electrónico moderno puede realizar las mismas funciones que aquellas que cumplía tradicionalmente el soporte papel[60].

En otras palabras, "se llegó a plantear, en efecto, la pregunta acerca de si documentos grabados en cintas magnéticas o en el disco duro de una computadora, o intercambiados a través de redes (particularmente la internet) podían recibir el calificativo de escritos"[61].

---

59 JEAN LUC AUBERT, "Le formalisme (rapport de synthèse)". *Rép. Défrenois*, 2000, p. 933.

60 Según Florence Mas, el escrito, de acuerdo con su concepción tradicional cumple con tres funciones: informativa, simbólica y probatoria. FLORENCE MAS, *La conclusion des contrats du commerce électronique*, tesis, LGDJ, 2005, p. 212.

61 JACQUEMIN, óp. cit., p. 120.

El artículo 1174 del Código Civil francés, modificado por la Ordenanza del 10 de febrero de 2016, admite la posibilidad de utilizar el escrito electrónico en los contratos para cuya validez se siga exigiendo la forma escrita. De esta manera, consagra el principio de equivalencia, en cuanto a la validez, de los contratos en papel o en soporte electrónico[62]. Respecto de la equivalencia probatoria entre estos dos instrumentos, la Ley del 13 de marzo de 2000 ya había asimilado el escrito electrónico al escrito tradicional en soporte papel, en lo que se refiere a la prueba del contrato.

En efecto, la ley del 13 de marzo de 2000 había consagrado la equivalencia probatoria de los escritos electrónicos y en papel. En otras palabras, cuando las partes celebran un contrato por vía electrónica, este vale como prueba, del mismo modo que el escrito en soporte papel[63]. Sin embargo, esta ley no había consagrado expresamente el principio de igualdad de las formas cuando se exige el escrito *ad validitatem,* aun si algunos autores habían sostenido lo contrario[64].

Ahora bien, fue en 2004, mediante la Ley para la Confianza en la Economía Digital (en adelante LCEN), cuando el escrito electrónico fue admitido como forma *ad validitatem.* Sin embargo, debe reunir algunas condiciones. Solo será admitido siempre y cuando se pueda identificar debidamente a la persona que lo origina, y haya sido elaborado y conservado en condiciones que garanticen su integridad.

En resumen, se puede afirmar que la introducción del principio de igualdad de formas puede tener como efecto una amplificación de la esfera de utilización de los contratos electrónicos ya que, gracias a la LCEN,

---

62 El artículo 1174 de la Ordenanza del 10 de febrero de 2016, mediante la cual se reforma el derecho de los contratos francés, estipula que: "Cuando, para la validez de un acto jurídico, se exija un escrito, este podrá elaborarse y conservarse en medio electrónico, en las condiciones previstas en los artículos 1366 y 1367; y cuando se requiera un documento público, según el segundo inciso del artículo 1369 del presente código".

63 En el derecho colombiano, el artículo 243 del Código General del Proceso consagra el escrito electrónico como un tipo de documento que puede ser presentado como cualquier otro.

64 Jerôme Passa, "Commerce électronique et protection du consommateur", *Dalloz*, n.º 6, 2002, p. 555.

cualquier tipo de contrato consensual o solemne puede, en principio, celebrarse por vía electrónica[65].

Para el caso colombiano, el artículo 14 de la Ley 527 de 1999 establece el principio de equivalencia funcional *ad validitatem* entre los escritos sobre papel tradicional y electrónico[66]. Por su parte, el artículo 243 del Código General del Proceso establece el principio de equivalencia funcional en materia probatoria[67].

---

65 No hay que confundir la forma electrónica y la vía electrónica. La consagración del artículo 1174 (antes art. 1108-1 en virtud de la introducción inicial realizada por la LCEN) del Código Civil parece mantener una confusión ente vía electrónica y forma electrónica. Sin embargo, hay que saber que la celebración de contratos electrónicos es, ante todo, una vía para celebrar todo tipo de contratos, solemnes o no, aún si la decisión de celebrar un contrato por vía electrónica implique, de por sí, la vía escrita. La decisión de exteriorizar la voluntad mediante un contrato electrónico implica en sí la utilización del escrito como vía o medio para expresar la voluntad, sin que implique imposición de una forma específica. Esto supone que no todos los contratos electrónicos son formales. En cambio, se puede estar en presencia de un contrato consensual, celebrado por vía electrónica, puesto que el consensualismo implica libertad en la escogencia de las formas y no una ausencia de estas.

66 "En la formación del contrato, salvo acuerdo expreso entre las partes, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación uno o más mensajes de datos". Artículo 14 de la Ley 527 de 1999, declarado exequible por la providencia: Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-662-00 del 8 de junio de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz.

67 "Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares. Los documentos son públicos o privados. Documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención. Así mismo, es público el documento otorgado por un particular en ejercicio de funciones públicas o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es autorizado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública". Artículo 243 del Código General del Proceso.

§2. EL ENCUENTRO DE VOLUNTADES POR VÍA ELECTRÓNICA

El encuentro de voluntades es el elemento más importante en la etapa de formación del contrato, porque es precisamente la voluntad de vincularse por medio del contrato la que justifica su fuerza obligatoria y su la "fuerza de ley"[68]. Sin embargo, para que se concrete la formación del contrato, este encuentro de voluntades debe respetar ciertas exigencias.

Los contratos celebrados por medios electrónicos no están exentos de exigencias. En efecto, en el ordenamiento jurídico francés, la Ordenanza del 10 de febrero de 2016 insertó un grupo de normas en el título III del libro III del Código Civil sobre la celebración del contrato por vía electrónica (arts. 1125 y ss) y sobre la forma del contrato electrónico (arts. 1174 y ss), en donde aparecen las normas especiales para la formación de los contratos de comercio electrónico.

A pesar de las condiciones requeridas para la formación del contrato, lo que realmente hace nacer el contrato es la voluntariedad, lo que nos lleva a analizar dos momentos determinantes[69]: la oferta y la aceptación.

Primero, la oferta en línea reviste cierta originalidad, que reside en las modalidades de expresión y en los medios utilizados para comunicarla a los destinatarios. A pesar de esta originalidad característica de la oferta electrónica, su régimen procede del derecho común de los contratos.

La oferta clásica o policitación en el derecho común consiste en una "manifestación de voluntad, expresa o tácita, mediante la cual una persona le propone a otra o a varias personas más, la celebración de un contrato, dentro de ciertas condiciones"[70]. Solo hay oferta si hay una proposición precisa[71] y firme[72] de celebrar un contrato.

---

68 BENABENT, óp. cit., p. 45.

69 Ibíd., p. 47.

70 CORNU, óp. cit., p. 634.

71 Por ejemplo, D. MAZEAUD, Francia, Observación a fallo de sentencia, Paris, 29 de enero de 1999, *Defrénois*, 1996, art. 36434, n.° 144.

72 JEAN LUC AUBERT, Observación sobre Cas. Com., Sentencia del de marzo de 1990, *Bull. civ.* IV, n.° 74, D. 1991, somm. 317.

En la práctica, la oferta en línea presenta especificidades. Por ejemplo, cuando la oferta es comunicada vía internet, es decir, en el marco de la actividad de comercio electrónico, el contenido le es presentado al destinatario de manera interactiva. De tal suerte que el contrato electrónico se celebra dentro de lo que sería un intercambio hombre-máquina[73]. El conocimiento de la existencia y del contenido de la oferta electrónica se lleva a cabo, con frecuencia, mediante un procedimiento activo de parte del internauta que, cuando visita un sitio comercial, cliqueando, descubre en la pantalla los términos de la oferta. En este sentido, se puede hablar de un "principio de interactividad"[74] en la medida en que es gracias a la curiosidad y a la avidez del internauta que surge la oferta electrónica.

Cabe recalcar que la noción clásica de oferta se ve modificada cuando la función del oferente consiste en poner la información a disposición del público y cada internauta va tomando conocimiento de ella de acuerdo con el interés que tenga en celebrar el contrato. En otras palabras, la revelación de la oferta no está solamente a cargo del oferente.

Por lo demás, la presencia de la oferta en las redes electrónicas le confiere a esta un carácter potencialmente universal en la medida en que internet, por naturaleza, tiene una vocación planetaria. En efecto, abolir fronteras forma parte de la esencia de internet. La transmisión de la oferta ya no tiene límites geográficos. Tan pronto como un sitio comercial ofrece productos o servicios haciendo uso de la red electrónica, dicha oferta tiene una vocación mundial[75].

Además, para que se dé la formación del contrato, el encuentro de voluntades exige que haya un asentimiento frente a la oferta mediante la aceptación. Ciertamente, los principios de derecho europeo de los contratos (art. 2:204) afirman que "toda declaración o conducta del destinatario de la oferta que indique conformidad con ella constituye aceptación".

---

73 Mas, óp. cit., p. 70.

74 Ibíd., p. 69.

75 Salvo cuando el contrato contiene una cláusula específica destinada a circunscribir la oferta a una zona geográfica determinada, como lo sería, por ejemplo, una región del mundo o un país. Ibíd.

Al igual que la oferta, la manifestación de aceptación procede de cualquier acto o gesto que, según los usos, solo pueda realizarse con el fin de dar a conocer la voluntad de su autor[76]. Para reconocer la manifestación de la voluntad, según Gaudemet, "se requieren hechos exteriores, sensibles", es decir "una manifestación exterior de voluntad, dirigida al oferente".

Sin embargo, cuando se trata de una oferta que aparece en línea, la voluntad pura y simple de comprometerse contiene algunas especificidades. En particular, la aceptación de contratos electrónicos resulta de la mediación de un sistema informático que le imprime a la aceptación un carácter inmaterial y sistematizado. Además, en la mayoría de los casos, la aceptación en línea se produce a distancia[77].

En razón de la intervención del sistema informático en la celebración del contrato, la expresión de la aceptación en línea puede realizarse a través de diferentes modalidades o tipologías de modalidades. Como primera medida, la aceptación puede expresarse a través de correo electrónico, en donde las redes sirven solamente de medio de transporte de la voluntad de las partes. Pero también existe la aceptación en línea totalmente sistematizada entre dos sistemas informáticos[78].

Otra modalidad de aceptación consiste en "cliquear con el ratón". Este es el método más extendido en comercio electrónico. Se trata esencialmente de cliquear con el ratón de la computadora para hacer un pedido.

Vemos entonces cómo la simple voluntad de parte del internauta de celebrar un contrato se concreta mediante diferentes modalidades de expresión, pero siempre con el propósito de manifestar su firme voluntad de celebrar un contrato.

---

76 Jacques Flour, Jean Luc Aubert y Eric Savaux, *Droit civil. Les obligations,* t. 1, *L'acte juridique*, 14.ª ed., Paris, Sirey, p. 120.

77 Mas, óp. cit., p. 72.

78 A propósito de los sistemas de información sin intervención humana. El hombre como única fuente de voluntad. En el caso de los medios técnicos y de los *software*, hay que remontarse hasta el individuo, hasta la persona, para encontrar la fuente de la voluntad de celebrar contrato. Es el propio internauta el que programa los medios técnicos que están a su servicio.

El contrato electrónico presenta también particularidades en la medida en que en la mayoría de los casos se celebra a distancia. Se plantea entonces el problema clásico de determinar en qué momento se forma el contrato.

Sobre este tema, frente al silencio del Código Civil, la jurisprudencia francesa adoptó, en el derecho común, una posición a favor de la teoría de la emisión de la aceptación[79]. Sin embargo, en materia de comercio electrónico, la aceptación está sujeta a normas de derecho común, así como a una serie de disposiciones particulares sobre la materia.

La LCEN le agregó al Código Civil los artículos 1369-4 a 1369-6, relativos a "la celebración del contrato en forma electrónica". Específicamente, la LCEN introdujo dos nuevas nociones en la materia: realización de un pedido y principio del "doble clic". Estas disposiciones se encuentran consagradas hoy en día en los artículos 1125 y siguientes del Código Civil francés, en virtud de la modificación introducida por la Ordenanza del 20 febrero de 2016.

El artículo 11 de la directiva sobre comercio electrónico, del 8 de junio de 2000, prevé las modalidades de "realización de un pedido". La proposición inicial de directiva planteaba una solución diferente de aquella que fue finalmente adoptada. En efecto, el artículo 11-1 de la proposición de directiva estipulaba que el contrato se daría por celebrado cuando el destinatario del servicio hubiera recibido, por vía electrónica, de parte del prestador, el acuse de recibo de la aceptación del destinatario del servicio, y hubiera confirmado recepción del acuse de recibo. Lo anterior significa que el contrato solamente se formaría cuando la aceptación hubiera sido recibida y se le hubiera dado confirmación de ello al aceptante. En suma, el contrato se formaría cuando el aceptante hubiera sido informado del encuentro de voluntades.

Sin embargo, la directiva adoptó finalmente un texto titulado "realización de un pedido" que no indica el momento de formación del contrato.

Por lo demás, el artículo 1127-2, inciso primero, del Código Civil francés consagró el principio del "doble clic" para que el contrato quede válidamente celebrado. Este artículo establece: "Para que el contrato se haya celebrado de forma válida, el destinatario de la oferta deberá haber

---

79 Francia, Corte de Casación, Cas. Com., 7 de enero de 1981, *Bull. civ.* IV, n.° 14.

tenido la posibilidad de verificar el desglose de su pedido y el precio total, así como de corregir los eventuales errores, antes de confirmarlo en señal de aceptación".

Este primer inciso del artículo 1127-2 del Código Civil es la consagración del sistema de emisión de una aceptación verificada y confirmada, lo cual implica que se protege al aceptante contra los riesgos de error y contra compromisos mal comprendidos.

Aquí encontramos la ilustración cronológica del procedimiento de aceptación por vía electrónica. El internauta verifica, corrige y finalmente confirma su pedido. La voluntad del internauta se prolonga en el tiempo para darle así la oportunidad de corregir eventuales errores antes de expresar su aceptación. La ley prevé el caso del clic involuntario o mal hecho, y consagra el derecho del cliente a corregir su pedido.

En efecto, el primer clic con el ratón no sería suficiente para formar el contrato. Es el clic de confirmación el que es portador de la voluntad del internauta de comprometerse. Aquí, cualquier otra acción material diferente del doble clic resultaría inútil para exteriorizar la aceptación. Sin embargo, el segundo clic del ratón es indispensable para la formación del acuerdo[80].

Así pues, el cliente registra inicialmente, según las modalidades elaboradas por el profesional de comercio electrónico, los bienes o servicios que desea adquirir, así como su precio. El sistema de explotación del sitio del profesional deberá luego permitirle al cliente verificar esos elementos y corregir eventuales errores. Una vez realizada la verificación, el cliente deberá "confirmar su pedido"[81].

A decir verdad, el inciso primero del artículo 1127-2 del Código Civil francés determina el momento de formación del contrato. Esta confirmación es la que "expresa su aceptación" y forma el contrato. En otras palabras, el contrato se forma cuando el destinatario de la oferta realiza el segundo clic. El encuentro de voluntades tiene lugar a partir del momento en que

---

80 David Noguero, "L'acceptation dans le contrat électronique", en *Le contrat électronique au cœur du commerce électronique*, dir. Jean Claude Hallouin y Hervé Causse, Paris, LGDJ, 2005, p. 55.

81 Flour, Aubert y Savaux, óp. cit., p. 125.

el aceptante, al cliquear por segunda vez, "confirma" su pedido para expresar su aceptación.

El legislador excluye cualquier interpretación contraria al utilizar la frase "para que el contrato se haya celebrado de forma válida". La utilización de "forma válida" significa que de no realizarse este procedimiento, la sanción será la nulidad del contrato[82].

Para reforzar la posición según la cual el contrato se forma mediante la expresión de la voluntad del internauta, concretamente en el momento de realizar el segundo clic con el ratón, cabe recordar que si bien la directiva sobre comercio electrónico no precisó el momento de formación del contrato, curiosamente tituló el artículo 11: "realización de un pedido" y no "formación del contrato". No cabe duda de que este título no tiene incidencia alguna sobre el contenido de la disposición. Sin embargo, una interpretación de conjunto permite afirmar que la intención y el espíritu del legislador comunitario era la de consagrar en el contenido de este artículo las normas aplicables para la formación del contrato. El título revela cual es el momento esencial para su celebración, es decir la realización del pedido.

Adicionalmente, el artículo 1127-2 del Código Civil francés exige otros requisitos en el proceso de celebración de un contrato electrónico. De ahí que sea necesario proceder al estudio de la naturaleza jurídica y los efectos de la obligación para el oferente de enviar el acuse de recibo del pedido.

El inciso 2 del mencionado artículo estipula que "el autor de la oferta deberá acusar recibo, sin demora injustificada y por vía electrónica, del pedido que se le hubiere remitido". Algunos autores afirmaron que esta disposición del Código Civil consagra la "teoría de la información del aceptante" como la que es aplicable en el momento de la formación del contrato. Sin embargo, proponemos más adelante una solución diferente que nos parece más pertinente.

El segundo inciso del artículo 1127-2 del Código Civil presenta una dificultad de interpretación. En efecto, a primera vista, el artículo expone las etapas necesarias para la celebración del contrato electrónico, y el momento exacto de celebración del contrato parece diluirse en el contenido del artículo.

---

82 Noguero, óp. cit., p. 56.

La LCEN hace recaer en el oferente la obligación de enviar, por la misma vía electrónica (por correo electrónico, por ejemplo), un mensaje manifestando que el pedido ha sido debidamente recibido. En la práctica, el prestador del servicio hace un recapitulativo del pedido realizado por el destinatario. Este documento sirve también como documento de prueba de celebración del contrato.

En este artículo, la doctrina ha encontrado la consagración de la "teoría de la información del aceptante" para desplazar el momento de la formación del contrato. Según algunos autores, el contrato solo quedaba perfeccionado con la recepción del acuse de recibo, significando así que el oferente había recibido la aceptación. Por ello, el contrato electrónico ya no quedaba formado con el mero encuentro de voluntades.

En fin de cuentas, esta teoría conlleva a la posibilidad, para el oferente, de determinar el momento de celebración del contrato. En otras palabras, el momento de formación del contrato estaría exclusivamente ligado al procedimiento en manos del oferente.

Sin embargo, otros autores han afirmado que la mencionada disposición normativa parece considerar que el contrato queda perfeccionado cuando se expresa la aceptación. Para que el contrato quede válidamente perfeccionado no se exige el acuse de recibo. Ahora, esta solución chocaría con la naturaleza del contrato y los principios que rigen su formación.

El inciso 2 del artículo 1127-2 del Código Civil establece la obligación, para el oferente, de enviar un acuse de recibo. En efecto, estipula que "el autor de la oferta *deberá* acusar recibo sin demora indebida". De esta manera, la ley establece, en ese estadio, una obligación y no una simple facultad. Por el contrario, si el legislador, en este inciso, hubiera evocado el momento de celebración del contrato, no estaría estableciendo de ninguna manera una obligación, sino una facultad, tratándose de la decisión de celebrar o no un contrato, que siempre será libre, jamás impuesta.

Más allá de la problemática expuesta y de las particularidades de la aceptación por parte del internauta, su voluntad electrónica está llamada a formar el contrato a partir del momento en que dicha voluntad reúna las condiciones generales de esta institución jurídica.

Finalmente, la exigencia de envío del acuse de recibo de parte del prestador no determina el momento de formación del contrato electrónico. En efecto, esta etapa sigue siendo una simple norma relativa al procedimiento

contractual que debe estar en concordancia con las disposiciones que protegen al consumidor[83].

En todo caso, la aceptación, al igual que la oferta, debe respetar la totalidad de las condiciones de fondo establecidas por el derecho común de los contratos. Sin embargo, para dar lugar a la formación del contrato, el encuentro de voluntades debe igualmente satisfacer condiciones de forma impuestas por disposiciones especiales.

En esta misma línea, el derecho colombiano, en el artículo 20 de la Ley 527 del 18 de agosto de 1999, estipula que para establecer el momento de celebración del contrato electrónico, las partes pueden convenir el envío del acuse de recibo, Así, si las partes acuerdan que el envío del acuse de recibo será indispensable para la recepción del mensaje electrónico, se considerará que el mensaje no ha sido enviado, hasta tanto la otra parte haya recibido el correspondiente acuse de recibo. Resulta útil estudiar las consecuencias prácticas de este artículo ya que su aplicación podría implicar dejarle al oferente la responsabilidad exclusiva de determinar el momento de celebración de un contrato.

Después de estudiar la manera como se realiza el encuentro de voluntades por vía electrónica, vamos a examinar algunas particularidades del formalismo electrónico, estudiando el formalismo electrónico de protección.

B. FORMALISMO ELECTRÓNICO DE PROTECCIÓN

No podemos perder de vista la finalidad de protección de la voluntad contractual, fundamental en materia de contratos electrónicos. En efecto, la admisión del escrito electrónico al nivel de formalidad exigida como condición de validez representa, según ciertos autores, una amenaza para los contratantes. A este respecto, cabe llamar la atención sobre el papel del formalismo en materia de protección de los contratantes electrónicos.

La imposición de formas en el momento de formar un contrato por vía electrónica busca evitar que la rapidez inherente a las redes electrónicas borre el instante de reflexión durante el cual las partes deben esforzarse para, finalmente, manifestar un consentimiento informado.

---

83 NICOLAS MATHEY, "Le commerce électronique dans la loi n°. 2004- 575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique", *Contrats-conc-conso*, oct. 2004.

Así, el legislador le impuso a los contratos del comercio electrónico diferentes exigencias que protegen el consentimiento de las partes[84], entre las cuales encontramos las menciones obligatorias[85] que deben figurar en la oferta electrónica, además de las exigencias técnicas propias de la celebración de un contrato electrónico.

En este sentido, es innegable que la protección del consentimiento es una de las finalidades más evidentes en materia de formalismo moderno y del formalismo electrónico. La búsqueda de esta finalidad se manifiesta claramente a través de la consagración de los grados de formalismo electrónico (§1), de la firma electrónica y de sus exigencias (§2).

§1. LOS GRADOS DE FORMALISMO ELECTRÓNICO

El artículo 1174 del Código Civil francés establece la posibilidad de incluir, bajo la modalidad electrónica, una mención escrita de puño y letra de quien adquiere la obligación, siempre y cuando se realice de tal forma que se garantice que solo pudo ser hecha por el interesado. Fue en este punto cuando la LCEN trató el tema del alcance de esta equivalencia según los grados de formalismo.

En materia electrónica, el escrito no es la única forma de proteger las voluntades de las partes. El artículo 1174, inciso 2, prevé que en el supuesto en que la ley exigiere una mención manuscrita, quedaría superado el obstáculo en el supuesto de uso de la modalidad electrónica. En cambio, en todos aquellos casos en que la ley subordinare la validez o el efecto de un contrato al cumplimiento de alguna formalidad diferente de aquellas que figuran en el mencionado artículo del Código Civil (escrito, firma y mención manuscrita), la posibilidad de la vía electrónica permanece cerrada[86].

---

84 Algunos autores consideran que, aún si la celebración del contrato por vía electrónica exige el cumplimiento de ciertas reglas de forma, la rapidez y la simplicidad de las redes electrónicas pueden implicar riesgo para los consumidores.

85 Sobre las menciones obligatorias, véase el aparte "Título II. Alcance del formalismo informativo".

86 PASSA, óp. cit., p. 30.

En Francia, la Ley del 13 de marzo de 2003 estableció esta técnica de equivalencia dentro de la modificación del artículo 1326 del Código Civil, en el cual el texto anteriormente redactado exigía la mención escrita "de su puño y letra". Actualmente, esos términos fueron reemplazados por la mención "por él mismo"[87].

Sin embargo, hay que anotar que el artículo 1175 del Código Civil establece ciertas excepciones para la aplicación del artículo 1174 del mismo código. En efecto, la asimilación del escrito electrónico al escrito en papel cede para los documentos privados relativos al derecho de familia y de sucesiones, así como para los documentos privados relativos a las garantías personales o reales, salvo si son realizados por una persona para fines de las necesidades de su profesión[88].

Además, entre las exigencias técnicas figuran las formalidades impuestas por el artículo 1127-2 del Código Civil relacionadas con la obligación, para el oferente, de proporcionar los medios técnicos para corregir los errores y de enviar el acuse de recibo del pedido hecho por el cliente.

Estas son múltiples aplicaciones que muestran que en materia de formalismo electrónico existen diversas formas para la protección de la voluntad, diferentes del escrito, así como lo es igualmente la firma electrónica.

§2. LA FIRMA ELECTRÓNICA

Otra forma contemporánea de protección de la voluntad es la firma electrónica. En el derecho común, la firma es concebida como la escritura de un signo que nos es propio y que con frecuencia, aunque no exclusivamente, es manuscrito[89]. Sin embargo, no existe definición legal de la firma.

Una parte de la doctrina considera que es indispensable prever una definición legal. No obstante, una minoría considera que preverlo todo

---

87 Luc Grynbaum, "Loi d'économie numérique: Le sacre des égalités formelles", *RDC,* avril 2005.

88 François Terre, Phillipe Simler e Yves Lequete. *Droit civil, Les obligations*, 11.ª ed. Paris, Dalloz, 2013, p. 157.

89 Arnaud Raynouard, "Adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et à la signature électronique", *Defrénois*, 2000.

es un objetivo imposible de alcanzar, más aún si se tienen en cuenta los caracteres de nuestro sistema escrito, que no puede confundirse con un derecho que contemple y regule la totalidad de las actividades humanas[90].

Lo que sí es posible es tener una definición amplia de la firma a partir de las funciones que posee según el artículo 1367 del Código Civil francés. En efecto, la ley le reconoce dos funciones. En primer lugar, la capacidad para identificar a su autor; y en segundo término, la firma manifiesta el consentimiento frente a las obligaciones que se derivan de ella.

El segundo inciso del artículo 1367 del Código Civil estipula que cuando la firma es electrónica, consiste en "el uso de un procedimiento de identificación confiable que garantice el vínculo con la persona con la cual se relaciona". Cuando la firma ha sido creada, se presume la confiabilidad del procedimiento hasta prueba de lo contrario.

Así, podría afirmarse que la firma electrónica es la utilización de un procedimiento técnico propio de las tecnologías de la información, que identifica a su autor y manifiesta la apropiación del contenido del documento por el firmante, validando así el acto jurídico[91].

Con respecto a la firma electrónica, la ley establece, además de lo que había sido previsto en el inciso primero, la exigencia de un procedimiento de identificación confiable y una garantía de vínculo entre la firma y el contenido del documento.

Sin embargo, lo que más llama la atención en esta sección, a propósito de la firma, es el interés que reviste su estudio como forma de protección de la voluntad de las partes. Así, tanto la firma en el derecho común como la firma electrónica son formalidades del acto, que permiten atraer la atención de la parte, con respecto al contrato, con miras a proteger a dicha parte. En este sentido, podría ser concebida como uno de los complementos más importantes del escrito como medio de información y de protección del consentimiento de las partes en el contrato.

---

90 Jean-Etienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire sur le projet du Code Civil*, Caen, Université de Caen, 1989.

91 Isabelle Duriac, *Fonction de la validation de la signature*, tesis, Université Panthéon Assas Paris ii, 1997, p. 195.

En efecto, "para considerar que se ha cumplido con una regla que prescribe la elaboración de un escrito, no basta con que el contratante, que debe ser protegido por la ley, haya recibido información cierta y completa acerca de las cláusulas del contrato, se requiere además, la firma"[92].

En materia electrónica, de acuerdo con el mencionado artículo, la firma es una garantía del vínculo existente entre ella y el contenido del documento. Esto implica, además del papel eminentemente probatorio, que la parte haya tomado conocimiento del contenido del documento, lo cual garantiza, en principio, que ha sido debidamente informada y que, por lo tanto, está protegida.

Así, se ha podido constatar que la protección de la voluntad de las partes es una de las finalidades más notorias del formalismo contemporáneo. Sin embargo, su alcance va más allá. Si profundizamos en el tema del formalismo, encontramos que existen importantes implicaciones en materia de justicia contractual, tal como lo veremos en la segunda parte de este trabajo.

A modo conclusivo podríamos afirmar que las formas consagradas por la ley para proteger la libertad de las partes son muy variadas. Es evidente que la protección de la voluntad es la finalidad por excelencia para el legislador contemporáneo. Sin embargo, el formalismo puede también encontrar su fuente en la voluntad de las partes. Esto significa que las partes pueden, por su propia voluntad, decidir cuál será la forma del contrato, y protegerse así de abusos y desequilibrios cuando se celebre dicho contrato. Por esto abordaremos a continuación el formalismo de fuente convencional.

---

92 Por ejemplo, el empleador que celebra un contrato laboral a término indefinido no ha cumplido con su obligación de elaborar un escrito en caso de que el asalariado no haya querido firmar los documentos que le han sido entregados para su aprobación; de no haber la firma del interesado, no se puede considerar que el contrato ha sido elaborado por escrito (Francia, Corte de casación, Cas. Soc., 26 de octubre de 1999, Journaux de Saône-et-Loire, D. 1999, ir, 264). Véase Gérard Couturier, "Les finalités et les sanctions du formalisme", *Defrénois*, n.º 15-16, 2000, p. 886.

TÍTULO II
EL FORMALISMO DE FUENTE CONVENCIONAL

No cabe duda de que las formalidades contractuales son generalmente obra del legislador. Sin embargo, la ley no es la única fuente de formas contractuales. El contrato también puede estar sujeto a formalidades que proceden de la voluntad de las partes o que resultan de los usos[1]. En la mayoría de los casos, la voluntad es la fuente que, junto con la ley, impone formas para la celebración de los contratos. En efecto, la voluntad contractual puede crear reglas de forma de validez, como es el caso de los acuerdos sobre las formas de validez del contrato (capítulo 1). Igualmente, la voluntad contractual puede ser fuente de reglas de prueba del contrato, lo que nos conduce al estudio de los acuerdos relativos a la prueba de los actos jurídicos (capítulo 2).

1 Un ejemplo claro de las formas que resultan de los usos son los boletos de teatro. Nada más corriente y cotidiano que un tiquete para entrar a un teatro a un concierto. Bueno, se trata de formalismo, cuya fuente son los usos y que tiene como finalidad darle practicidad y rapidez al tráfico comercial y jurídico. Sin embargo, algunos autores afirman que "ninguna regla se vuelve obligatoria sin que haya sido antes confirmada por parte de un juez. La práctica, proclive a cierto formalismo, solo podrá tener fuerza jurídica si ha sido confirmada por los tribunales". JACQUES FLOUR, "Quelques remarques sur l'évolution du formalisme", en *Etudes offerts à Georges Ripert*, t. 1, Paris, LGDJ, 1950, p. 104.

CAPÍTULO I

El acuerdo relativo a las formas de validez

En materia de acuerdos relativos a las formas de validez del contrato, encontramos, en primer lugar, los acuerdos constitutivos de las formas de validez, para el caso de los contratos consensuales (sección 1), y en segundo lugar, podemos estar en presencia de acuerdos sustitutivos de las formas de validez cuando estamos ante contratos formales (sección 2).

SECCIÓN 1. LA VOLUNTAD CONTRACTUAL CONSTITUTIVA DE LAS FORMAS DE VALIDEZ (CONTRATO CONSENSUAL)

Resulta entonces pertinente analizar la posibilidad que tienen las partes de crear formalismo al someter un contrato a alguna exigencia de forma que normalmente no la tendría, precisando así el alcance de dicho acuerdo constitutivo de formas contractuales (A). Ahora, en este supuesto, que se origina en la posibilidad de someter un contrato consensual a formas convencionales, es oportuno saber cuáles son los límites y las restricciones de la posibilidad de convenir formas contractuales (B).

A. LA CONFORMIDAD DE LOS ACUERDOS RELATIVOS A LAS FORMAS DE VALIDEZ

Como lo hemos sostenido, las partes son libres de determinar las condiciones y el contenido del contrato, como también lo son de escoger las formas para expresar su voluntad. Esta es la consecuencia natural del ejercicio del consensualismo que rige como principio general en materia contractual.

Así entonces, bajo este marco y dentro de sus límites, las partes serían libres para crear reglas de forma y someter la validez de un contrato consensual a su respeto. En este sentido, se hace necesario conocer el alcance de la libertad que tienen las partes para escoger la forma y, en esa medida, de someter un contrato consensual a formas de validez (§1), e igualmente conocer cuáles son las condiciones de validez de estos acuerdos relativos a la forma (§2).

§1. LIBERTAD DE LAS PARTES PARA SOMETER UN CONTRATO CONSENSUAL A FORMAS DE VALIDEZ

En primer lugar, cabe anotar que en la celebración de los contratos consensuales siempre está implícito un acuerdo relativo a la forma. Teniendo

claro que en virtud del principio de consensualismo las partes son libres de escoger la forma para expresar su voluntad, se puede colegir entonces que en los contratos consensuales las partes siempre deberán escoger una "forma" por medio de la cual exteriorizarán su voluntad. Esto implica una decisión, es decir, un acuerdo implícito sobre la forma.

En consecuencia, en el estudio de la voluntad como fuente del formalismo, primero es necesario anotar que en todos los contratos consensuales (en los cuales las partes son libres de escoger la forma de celebración del contrato) siempre se está en presencia de una decisión sobre la forma a emplear; es decir, de un acuerdo tácito en relación con la forma de dicho contrato.

Sin embargo, en ese caso, los contratos siguen siendo consensuales y no entramos en el terreno del formalismo, ya que la exigencia de una exteriorización del consentimiento tiene que ver más con el fondo que con la forma[1]. Así, para este caso estaremos siempre en el campo del consensualismo y no se plantea realmente ningún problema de forma.

Según Marie Antoinette Guerriero,

> asumiendo la hipótesis más corriente, a saber, que los autores de un acto jurídico le hayan dado espontáneamente una forma particular, más o menos compleja, cuando nada los hubiera obligado a ello, no surge ninguna dificultad que pudiera ser grave. Al decidir la forma específica que se utilizará para celebrar un contrato, las partes sencillamente han hecho uso de la libertad que les concede la ley para escoger la forma de expresión del consentimiento[2].

En este sentido, el acuerdo implícito sobre la forma, que se encuentra en todo contrato consensual, no es otra cosa que la expresión y desarrollo más básico del principio del consensualismo.

Ahora bien, dejando de lado este punto, la verdadera pregunta es saber cuáles son las consecuencias de un acuerdo previo en virtud del cual las partes imponen formas para la celebración de un contrato definitivo, para el cual la ley no exige ninguna formalidad. ¿Acaso las voluntades individuales

---

1 Marie Antoinette Guerriero, *L'acte juridique solennel*, tesis, LGDJ, 1975, p. 33.

2 Ibíd., p. 83.

pueden imponer elementos formales para la celebración de un contrato, allí en donde la ley no los ha previsto?

Esta pregunta ya ha sido estudiada por la doctrina francesa y por algunos autores. La respuesta parece ser afirmativa. Lo anterior significa, según François Terré, que "ante esta posibilidad de crear elementos formales habría un 'uso de la libertad de formas'. Así pues, del mismo modo que hay contratos solemnes en virtud de la ley, habría también contratos solemnes en virtud de la voluntad de los contratantes"[3]. Lo anterior implica una asimilación entre la forma convenida y la forma solemne, al admitir que "las partes pueden hacer solemne un contrato al estipular que ciertas formas, como por ejemplo la redacción de un escrito, son condiciones para la existencia misma del contrato"[4].

En este punto vale la pena recordar lo establecido por el artículo 1103 del Código Civil francés[5] sobre la fuerza obligatoria del contrato. En principio, las partes son libres para contratar o no, nada las obliga a vincularse por un contrato. Sin embargo, tan pronto como se haya celebrado un acuerdo de voluntades, este se impone a las partes, se vuelve obligatorio para ellas y, en consecuencia, tendrán que respetarlo[6]. De igual manera, en materia de acuerdos relativos a la forma, cuando las partes se han sometido voluntariamente al respeto de una forma particular para la formación de su contrato, esa forma, a pesar de no estar prevista por la ley, se convierte para ellas en obligatoria[7].

Así pues, "las voluntades individuales pueden actuar sobre los elementos formales, creándolos allí en donde no existen. Por lo demás, su acción creadora se manifiesta también con respecto a elementos materiales.

---

3 François Terre, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, tesis, 1955, p. 177.

4 Guerriero, óp. cit., p. 78.

5 Cuyo contenido se desarrolla de manera similar en el artículo 1602 del Código Civil colombiano.

6 François Terré, Phillipe Simler e Yves Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 11.ª ed., Paris, Dalloz, 2013, p. 32.

7 Anne Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat,* tesis, P.U. Aix Marseille, 1992, p. 275.

Al hacer depender el perfeccionamiento de un contrato de unas determinadas condiciones, las partes tienen la posibilidad de agregarle a los elementos normales otros elementos accidentales"[8]. De esta manera, "aunque la compraventa sea un contrato consensual, las partes pueden escoger una forma particular para expresar su voluntad. Tienen libertad de convertir el *instrumentum* en elemento esencial del acuerdo"[9].

Es el caso de una promesa de compraventa, en la cual las partes estipulen que para ejercer la opción de adquisición se deberá proceder mediante "carta por correo certificado", o también el de arrendadores y arrendatarios eventuales, o vendedores y compradores que manifiesten que el alquiler o la venta, se celebrará mediante escritura pública.

Esta posibilidad que tienen las partes ya ha sido reconocida por la jurisprudencia en Francia. En efecto, la sala comercial de la Corte de Casación francesa, en fallo del 15 de noviembre de 1994, admitió la validez de un acuerdo que tenía por objeto hacer que la celebración de una cesión de cartera estuviera sujeta a formalización mediante un acta "definitiva y detallada". Al comprobar que no se había elaborado ningún instrumento para este fin, la Corte decidió que no se había celebrado acuerdo alguno[10] y afirmó que "el elemento al cual la voluntad de uno de los contratantes le imprimió un carácter esencial constituye una condición para la formación del vínculo contractual"[11].

Una vez comprobada la libertad que tienen las partes para someter un contrato consensual a formas de validez de origen voluntario, es necesario revisar cuales son las condiciones de validez de este tipo de acuerdos relativos a la forma.

---

8 Ibíd.

9 Ibíd., p. 275.

10 De este modo, "libres de organizar el período precontractual, las partes también tienen libertad para determinar las condiciones bajo las cuales se considerará que han intercambiado sus consentimientos y que, por lo tanto, el contrato queda formado". D. Mazeaud, Observación Cas. com., 15 de noviembre de 1994, *Defrénois* 1995, p. 1045.

11 Ibíd., p. 1047.

§2. CONDICIONES DE VALIDEZ DEL ACUERDO RELATIVO A LA FORMA

Para ser válido, el acuerdo relativo a las formas de validez debe respetar ciertas condiciones.

A partir de los estudios de la doctrina y, sobre todo, de la jurisprudencia, se puede colegir que el acuerdo que consiste en someter un contrato consensual a formas de validez debe reunir tres condiciones indispensables. En primer término, la cláusula de forma debe ser expresa, en la medida en que debe contener la voluntad expresa de las partes de ligar la celebración del contrato definitivo a la realización de una serie de formas para validarla. En segundo lugar, debe ser clara e irrefutable; es decir, que el acuerdo debe contener la voluntad manifiesta de los contratantes de someterse a formas contractuales precisas. Por último, debe celebrarse previamente; en otras palabras, la cláusula relativa a la forma debe ser acordada antes de la celebración del contrato definitivo.

Con relación al carácter expreso de la cláusula relativa a la forma, la jurisprudencia francesa determinó que era indispensable dejar constancia expresa, en el acuerdo de las partes, de que la celebración del contrato quedaría aplazada hasta tanto no se hubieren cumplido las formalidades previstas.

De hecho, la Sala Civil de la Corte de Casación francesa, en fallo del 14 de enero de 1987, sostuvo que

> después de haber enunciado con justa razón que la venta entre las partes se perfecciona tan pronto se haya llegado a un acuerdo sobre la cosa y sobre el precio, y que la falta de acuerdo definitivo sobre los elementos accesorios de la venta no puede impedir el carácter de venta que se ha perfeccionado, a menos que las partes hayan querido posponer la formación del contrato hasta que se fijen dichas modalidades, el fallo decide, soberanamente, que las partes en el acto del 13 de noviembre de 1978 se habían puesto de acuerdo, desde dicha fecha, sobre la cosa y el precio y, si previeron la ratificación del acto a través de notario, no se deriva ni de las disposiciones del acto ni de las circunstancias de la causa, que hubieran querido que esta modalidad accesoria fuera un elemento constitutivo de su consentimiento[12].

---

12 J. SCHMIDT, Nota sobre Cass. 3.ª civ., 14 de enero de 1987, G.P. 1987, panorama, p. 64, *D.* 1988, juris.

Siendo así, el acuerdo relativo a la forma no puede ser tácito. Es indispensable que quede literalmente consignado en el acuerdo entre las partes.

En este sentido, la jurisprudencia ha sostenido que, al ser un elemento accesorio en un contrato consensual, la forma convenida para la validez deberá recibir el carácter de "esencial" mediante un acuerdo constitutivo formulado expresamente por las partes. De esta manera, "se asume que si un contratante puede otorgarle el carácter de esencial a un elemento objetivamente accesorio del contrato y puede convertirlo en condición determinante de su consentimiento, se hace necesario que haya manifestado expresamente su voluntad a este respecto"[13].

Además, hay que dejar constancia, en el acuerdo relativo a las formas, de una voluntad decidida en el sentido de aplazar la celebración del contrato definitivo hasta tanto se haya cumplido con las medidas formales. Así, para someter un contrato consensual a formalidades, es necesario "que las voluntades de las dos partes hayan expresado claramente el punto de considerar su contrato como solemne"[14].

En este sentido, en 1936, la Chambre des Requêtes de la Corte de Casación francesa, en relación con un contrato de compraventa, manifestó que

> la enunciación, en un acto de compraventa privado, en el sentido de que el vendedor está de acuerdo en cuanto a la cosa y al precio, y en cuanto a que más adelante se hará escritura pública, solamente genera subordinación de la formación de la eficacia del contrato al cumplimiento de dicha formalidad si se deduce claramente, ya sea de los términos del acuerdo o de las circunstancias, que esa fue la voluntad de las partes[15].

---

13 Denis Mazeaud, Observación sobre Cas. Com., 15 de noviembre de 1994, *Defrénois* 1985, p. 1047. En el mismo sentido, véase también J. Schmidt, Nota sobre Cass. civ. 3.ª, 2 de mayo de 1978, *D.* 1979, p. 317; Francia, Corte de Casación, Cas. com., 16 de abril de 1984, *Bull.* civ. IV, n.º 148*;* J. Mestre, Observación sobre Cas. com., 16 de abril de 1991, *Rev. trim. Dr. Civ.* 1992, p. 79.

14 Hipótesis estudiada en el caso de las promesas de contrato sinalagmático. Véase Christian Larroumet, *Droit civil, Les obligations,* t. 3, *Le contrat*, 6.ª ed., Paris, Economica, 2007, p. 514.

15 Francia, Corte de Casación, Cas. req. 4 de mayo de 1936, D.H. 1936-1-313.

Más adelante, un fallo de la Sala Civil 3.ª, de fecha 5 de enero de 1983, afirmó que "la celebración de un documento público o de cualquier otra formalidad debe haber sido claramente considerada por las partes como 'causa determinante' o 'elemento esencial' de la venta definitiva"[16].

Así, "la voluntad de elevar un elemento accesorio a la categoría de elemento esencial debe aparecer de manera inequívoca"[17]. Por el contrario, en caso de duda, "parecería entonces que esta cláusula se entiende como una cláusula de estilo, a la cual las partes no le han conferido ningún significado particular"[18].

Esta solución también la comparte el profesor Larroumet al afirmar que

> en el derecho francés solo puede pensarse en la solemnización de contrato cuando no haya duda de que las partes subordinaron la celebración del contrato definitivo a la elaboración de un documento público. Ello obedece a que, ante la duda, se debe aplicar la regla supletoria, es decir el principio del consensualismo, y la exigencia del escrito solo puede darse a título de condición de prueba[19].

Y, finalmente, el acuerdo relativo a las formas de validez debe realizarse antes de la celebración del contrato definitivo. Lo anterior significa que

> cuando una de las partes, o las dos, quieren volver esenciales modalidades que ordinariamente son accesorias y convertirlas en elemento constitutivo de su consentimiento, debe ponerlo en conocimiento de la otra parte antes de que el contrato se haya celebrado definitivamente. En otras palabras, la voluntad de volver esencial un elemento del contrato debe manifestarse antes de que la oferta haya sido aceptada[20].

Esta condición relativa en el momento de la celebración del contrato sobre las formas de validez fue confirmada por la Corte de Casación: "Se

---

16 Francia, Corte de Casación, Cas. 3.ª civ., Sentencia del 5 de enero de 1983, *Bull. civ.* III, n.º 7, p. 6.

17 Laude, óp. cit., p. 412.

18 Ibíd., p. 276.

19 Larroumet, óp. cit., p. 515.

20 Laude, óp. cit., p. 272.

requiere entonces que la libertad contractual de no aplicar los principios que rigen la realidad del consentimiento, se manifieste de manera expresa, y ello, desde el tiempo mismo de las negociaciones"[21].

Por lo tanto, no cabe duda de que las partes tienen la posibilidad de celebrar acuerdos para imponer formas de validez para la celebración de un contrato definitivo. Sin embargo, hay que señalar que parte de la doctrina sostiene que solo la ley dispone de la facultad de crear contratos solemnes. Este punto suscitó una controversia que abordaremos enseguida.

B. Dificultades de los acuerdos sobre las formas de validez (debate)

Surge entonces la pregunta de fondo, a saber, si la forma impuesta en virtud del acuerdo puede ser considerada equivalente de una forma legal. En otras palabras, ¿basta el hecho de convenir supeditar un contrato consensual a las formalidades de validez para transformarlo en contrato solemne? ¿Acaso un acto jurídico se vuelve solemne por el hecho de que sus autores hayan decidido estipular que para que el consentimiento sea válido entre ellos deberá expresarse en una forma determinada?

Para responder a estas preguntas es necesario comenzar por revisar las formas convencionales frente al alcance del principio de consensualismo (§1), para luego determinar el alcance del acuerdo relativo a la forma (§2) y concluir analizando el problema de la sanción en caso de incumplimiento de las formas convencionales (§3).

§1. Formas convencionales y alcance del principio de consensualismo

Para algunos autores, las partes, haciendo uso de la libertad contractual, pueden válidamente someter el contrato definitivo a modalidades de forma[22]. Sin embargo, para otros, este análisis es cuestionable ya que la

---

21 Denis Mazeaud, Observación sobre Cass. com., 15 de noviembre de 1994, *Defrénois,* 1995, p. 1047.

22 En este sentido, véase Terre, óp. cit., p. 177; Laude, óp. cit., p. 275.

posibilidad de celebrar acuerdos relativos a la forma encuentra razón de ser en el ejercicio mismo del principio de consensualismo, lo que quiere decir que la forma consensual no es una forma sino "una manifestación de la libertad de la forma o más globalmente de la libertad contractual"[23].

Para esta parte de la doctrina, la posibilidad de transformar el contrato consensual en contrato solemne mediante el mero acuerdo de voluntades

> se basa en la concepción errónea del acto jurídico solemne y del alcance del principio de consensualismo. En virtud del principio de consensualismo, las partes tienen libertad para escoger la forma en que expresarán su voluntad. Cuando las partes deciden, de común acuerdo, que su voluntad deberá expresarse según una forma establecida con anterioridad para poder producir un efecto, están escogiendo el consentimiento como modo de expresión. Entonces, no cabe duda de que la forma se vuelve obligatoria. Sin embargo, esto sucede como consecuencia del acuerdo que han celebrado libremente; y si deben conformarse a ello es porque así lo quisieron[24].

Por lo tanto, no habría excepción frente al principio de consensualismo "sino, por el contrario, aplicación de dicho principio. A pesar de la exigencia de una forma convenida, el acto sigue siendo consensual, pero no solemne"[25].

En lo que respecta a esta posición de la doctrina, en principio resulta incontrovertible que el acuerdo previo de las partes para someter un contrato futuro a ciertas formas, es decir al acuerdo relativo a la forma, procede de la libertad inherente al principio de consensualismo, tanto en cuanto al fondo como a la forma.

En efecto, gracias a esta libertad de las partes, el objeto del contrato preparatorio encuentra justificación. Así, estas pueden escoger libremente las formas para expresar su consentimiento en un contrato futuro y definitivo. Además, en cuanto a la forma misma del contrato preparatorio relativo a las formas, las partes se rigen por el principio de consensualismo

---

23 Vincent Forray, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, tesis, LGDJ, 2007, p. 110.

24 Guerriero, óp. cit., p. 88.

25 Ibíd.

ya que, en principio, no existe ninguna forma impuesta para la celebración de acuerdos relativos a la forma.

Esto nos permite retomar la idea de que, cuando se habla de acuerdos relativos a las formas propiamente dichas (bajo las condiciones ya expuestas), siempre se está en presencia de dos contratos diferentes. Primero, el contrato preparatorio que contiene un acuerdo relativo a la forma, y luego el contrato definitivo que, según la ley, en principio, es consensual.

De esta forma, los dos contratos están ligados entre sí. Para comenzar, porque el primero prepara la ejecución del segundo; pero son diferentes y están separados por lo menos durante un período de tiempo porque, tal como ya lo mencionamos, se necesita que el acuerdo sobre la forma haya sido celebrado con anterioridad a la celebración del contrato definitivo.

De manera que la verdadera pregunta no es la de saber cuál es el fundamento del acuerdo previo relativo a las formas, porque evidentemente procede del principio de libertad de las formas, sino más bien cuál es la fuente de la obligación de celebrar el contrato definitivo mediante una forma particular. Entonces ya no se podría afirmar que las partes se rigen por el principio de consensualismo debido a que, por el contrario, tienen obligación de respetar ciertas formalidades en virtud de la ley particular e individualizada, a saber el acuerdo relativo a la forma.

En el momento de celebrar el contrato definitivo, las partes tendrán entonces que respetar su propio acuerdo expreso y previo, relativo a las formas. En consecuencia, se podría afirmar que están obligadas a celebrar un contrato futuro, solemne, y que la fuente de la forma contractual es la voluntad de las partes. En este punto se hace necesario conocer el alcance de los acuerdos relativos a la forma.

§2. ALCANCE DEL ACUERDO RELATIVO A LA FORMA

Surge un nuevo interrogante, que consiste ahora en saber cuál es el verdadero alcance del acuerdo relativo a la forma. Particularmente cuando las partes no se han pronunciado en cuanto a las consecuencias que tendrá la forma acordada sobre el contrato definitivo. En otras palabras, cuando no han precisado si se trataba de una forma *ad solemnitatem* o de una forma *ad probationem*.

Es así como, cuando las partes han precisado en el acuerdo que para que el acto sea válido o para probarlo se requerirá haber cumplido con la

exigencia de forma, no habrá mayores problemas. En tal caso, habrá que respetar la intención de las partes en el acuerdo que tiene como propósito una forma contractual[26].

En cambio, cuando los firmantes no han hecho mención expresa del alcance que han querido darle a las exigencias de forma, el juez deberá interpretar el sentido del acuerdo de las partes. De tal manera que "el juez deberá averiguar, en cada caso, cual fue la intención probable de las partes. Se trata entonces de un tema de interpretación del contrato"[27].

¿Quisieron las partes que la exigencia relativa a la forma fuera condición suspensiva o resolutoria del compromiso? ¿Condición de prueba, o verdadera condición de validez del acto[28]? De otra parte, ¿la redacción de una escritura pública fue pensada por las partes como simple modalidad de ejecución del contrato o como uno de sus elementos esenciales[29]?

En este sentido, la jurisprudencia francesa, después de haber logrado superar algunas dificultades[30], ha decidido que en caso de duda en cuanto al alcance que le han dado las partes a la forma convenida, habrá que aplicar la regla supletoria, es decir, el principio de consensualismo[31].

En caso de ausencia de voluntad expresa de las partes, la jurisprudencia francesa determinó también que, en lo que respecta a la reiteración, mediante documento público, de acuerdos celebrados mediante acto privado, hay que presumir que se trata de una simple formalidad probatoria[32].

---

26 "El alcance de una formalidad convenida depende en principio de la común intención de las partes. Estas deben haber querido subordinar la validez del acto al cumplimiento de la forma convenida o resolver solamente un problema de prueba". R. WINTGEN, Nota sobre Cas. com., 3 de octubre de 2006, n.º 05-13.052.

27 BORIS STARCK, HENRI ROLAND y LAURENT BOYER, *Droit civil, Les obligations,* t. II, *Le contrat,* 6.ª ed., Paris, Litec, 1998, p. 91.

28 GUERRIERO, óp. cit., p. 86.

29 LAUDE, óp. cit., pp. 274- 275.

30 G. MORIN, Nota Cas. 3ª civ., Sentencia del 2 de abril de 1979, *jcp* 1981, II, 19697, nota Dagot, *Defrénois,* 1980, p. 1057.

31 LARROUMET, óp. cit., p. 515.

32 Véase CH. LARROUMET, Nota sobre Cass. 3.ª civ., Sentencia del 20 de diciembre de 1994, *Bull. civ.* 1994, III, n.º 229; JCP G 1995.II, 22491.

En cambio, la solución es la opuesta en lo que se refiere a las formalidades previstas para los actos jurídicos unilaterales. Es así como

> tratándose de actos unilaterales realizados en virtud de un contrato, la formalidad se impone como condición de validez y no como simple exigencia de prueba. Cuando se le reconoce a una de las partes el poder de modificar unilateralmente la situación jurídica de la otra, resulta útil limitar, en la medida de lo posible, la incertidumbre relacionada con el ejercicio del derecho. La exigencia del respeto estricto de las formas viene en este caso a reforzar oportunamente la seguridad jurídica del destinatario de la notificación[33].

En algunos sistemas jurídicos la ley establece la norma supletoria sobre la voluntad de las partes. De conformidad con los artículos 125 y 154 §2 BGB y con el artículo 16 inciso 1 del Código Federal suizo de las obligaciones, y con el artículo 1532 del Código Civil italiano, de no haber voluntad expresa de las partes, si la forma fue exigida *ad solemnitatem* o *ad probationem,* se debe presumir que la forma es una condición de validez y no simplemente probatoria del contrato definitivo[34].

Otra dificultad de los acuerdos relativos a la forma es el problema de la sanción en caso de incumplimiento de las formas de fuente convencional. Por lo tanto, resulta pertinente interrogarse sobre las consecuencias de la inobservancia de las formas convenidas por las partes.

§3. EL PROBLEMA DE LA SANCIÓN EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DE LAS FORMAS CONVENCIONALES

El argumento que realmente obstaculiza que se admita la equivalencia entre las formas de origen legal y las formas convencionales es aquel según el cual, en caso de incumplimiento de la forma convenida, la sanción no puede ser la misma que en caso de incumplimiento de una forma de origen legal.

Las consecuencias lógicas del carácter consensual de las formas convencionales hacen que no se les pueda aplicar el régimen jurídico de las

---

33 R. WINTGEN, Nota sobre Cass. com., 3 de octubre de 2006, n.º 05-13.052, z, p. 25.

34 LARROUMET, óp. cit., p. 515.

formas de origen legal. Por lo tanto, el incumplimiento de las formas convencionales no podría ser sancionado con la nulidad.

Así, cuando se está en presencia de formas de origen consensual, las partes podrán, por la misma vía convencional, deshacer aquello que hicieron. De manera que, después de haber previsto la exigencia de una forma para la exteriorización de su consentimiento, podrán, más adelante, modificar la convención o incluso destruirla[35].

En efecto, la jurisprudencia incluso ha admitido la posibilidad de privar al acuerdo de efectos mediante simple acuerdo tácito, es decir, que la renuncia a la forma no necesita ser expresa[36].

Es el caso del fallo del 24 de noviembre de 1965 proferido por la Sala Civil 1.ª, en el cual la Corte de Casación francesa afirmó que "las partes son libres de renunciar a la forma convenida que les es impuesta tan solo por el acuerdo pactado entre ellas; por lo tanto, pueden renunciar de común acuerdo"[37]. En este caso específico, una promesa de compraventa de terrenos por construir estipulaba que el ejercicio de la opción de adquisición se realizaría mediante "carta certificada o notificación de funcionario judicial". Sin embargo, el beneficiario había ejercido la opción de adquisición mediante carta simple, a la cual los promitentes habían respondido "indicando, sin la más mínima reserva, que consideraban que la venta ya era definitiva". La Corte de Casación consideró que resultaba inadmisible que el vendedor invocara el desconocimiento de la forma convenida y declaró que el contrato se había formado válidamente.

La jurisprudencia reconoció así la posibilidad de apartarse de exigencias de forma de origen convencional mediante renuncia tácita, la cual puede

---

35 *Mutus disensus*. Véase GUERRIERO, óp. cit., p. 88.

36 "También, en razón de su naturaleza convencional, el hecho de que las partes se alejen del formalismo voluntario no es tratado dentro del ámbito de la confirmación sino que depende del *mutus consensus.* Así, la aceptación, sin ninguna reserva del ejercicio de la opción de adquisición por un contratante, perfecciona la venta independientemente del incumplimiento de las exigencias de forma convenidas inicialmente entre las partes". J. CHEVALIER, Nota sobre Cas. 1.ª civ., Sentencia del 24 de noviembre de 1965, *Bull. civ*. 1965 I, n.º 652, pp. 496 y 529.

37 Francia, Corte de Casación, Cas. 1.ª civ, Sentencia del 24 de noviembre de 1965, *Bull. civ*. 1965 I, nº. 652, p. 496.

colegirse de la propia ejecución del contrato, aunque el acuerdo no se haya dado en la forma que había sido convenida[38].

Acerca de la interpretación de esta decisión se argumentó que

> la naturaleza del formalismo que las partes se imponen a sí mismas, a través de un acuerdo, en relación con actos que tendrán que realizar en ejecución de su acuerdo, es diferente del formalismo impuesto por la ley. La forma convenida o reservada es sancionada de modo muy diferente a como lo es la regla de forma. La sanción dependerá de la voluntad de las partes[39].

Más radicalmente la doctrina no ha dudado en afirmar que

> estas soluciones marcan claramente la diferencia de naturaleza entre la forma convenida y la forma solemne, debido a que la forma solemne es imperativa y, por ende, no es susceptible ni de renuncia ni de equipolente. Por lo tanto, no cabe duda de que la forma convenida no hace del acto jurídico un acto solemne. La voluntad de las partes no puede volver jurídico un acto que, debido precisamente a que su forma es voluntariamente escogida por las partes, solo puede ser consensual. Tan solo la ley puede imponer una forma solemne[40].

En consecuencia, la imposibilidad, para el juez, de sancionar el incumplimiento de las formas convencionales con la nulidad procede, en principio, de su naturaleza convencional. Esto también obedece a la solidez del vínculo entre anulación y norma legal. En consecuencia, "las condiciones convencionales relativas a la forma deberían más bien conducir a una sanción adecuada, como la caducidad, que es la suerte que le está reservada a los actos que son válidos según las exigencias legales, pero a los cuales les falta una condición de formación o de eficacia cuyo origen es parcial o totalmente voluntario"[41].

---

38 En el mismo sentido, Francia, Corte de Casación, Sala Civ., Sentencia del 6 de julio de 1964, *Bull. civ.* 1964, I, 288; Sala Civ., Sentencia del 13 de junio de 1961, *Bull. civ.*, 1961, I, 245.

39 Jean Chevalier, Nota sobre Cas. 1.ª civ., Sentencia del 24 de noviembre de 1965, *Bull. civ.* 1965 I, n.º 652, p. 529.

40 Guerriero, óp. cit., p. 88.

41 Forray, óp. cit., p. 108.

En el derecho colombiano, las solemnidades de origen convencional no pueden constituir causales para sancionar el contrato con la nulidad de este. El Código Civil, en su artículo 1740, dispone la nulidad de cualquier acto o contrato que falte a las condiciones expresamente establecidas por la ley. Esto excluye para las partes la posibilidad de crear condiciones separadas[42].

Sin embargo, y a pesar de los diferentes puntos de vista sobre el tema, cuando se trata de un contrato consensual, las partes pueden, en principio, imponer libremente formas de validez al contrato. Para reforzar esta idea aparece el planteamiento del papel del formalismo en el derecho contemporáneo de los contratos, en donde se concreta más y más como instrumento visible de protección de la voluntad de las partes.

En principio, nada puede impedir que las partes escojan las formas de realización del contrato, como tampoco que las constituyan en elementos de validez de su compromiso. La posibilidad de celebrar acuerdos relativos a las formas de validez muestra cómo el formalismo puede volverse un instrumento mediante el cual las partes protegen ellas mismas su voluntad durante la celebración del contrato y consolida el formalismo como instrumento irrefutable al servicio de la voluntad de las partes.

Por el contrario, la situación es diferente cuando las partes quieren celebrar un contrato formal. Cuando el contrato es solemne, la voluntad de las partes juega un papel muy diferente, que también merece ser estudiado.

SECCIÓN 2. EL FORMALISMO CONVENCIONAL DE SUSTITUCIÓN (CONTRATO FORMAL)

Según el célebre artículo de Jacques Flour, formalismo significa "forma imperativa", lo que implica que, por definición, la forma no puede tener "equivalente posible"[43]. Así, en principio, la voluntad de las partes no puede modificar las reglas de forma establecidas por la ley (A). Sin embargo,

---

42 FERNANDO HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones II,* t. II, v. 1, *De las fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 503.

43 JACQUES FLOUR, "Quelques remarques sur l'évolution du formalisme", en *Etudes offerts à Georges Ripert*, t. 1, Paris, LGDJ, 1950, p. 101.

algunos autores han reconocido cierta fluidez del formalismo, lo que implica la admisión de algunos "mecanismos puntuales de sustitución de formas"[44] y la aceptación de la idea de forma sustituida. Lo anterior supone la posibilidad de aceptar la existencia de un formalismo de sustitución (B).

A. El principio: forma imperativa

Por su propia naturaleza, las formas de origen legal tienen carácter imperativo, principalmente debido a que la exigencia de una formalidad implica la restricción de la libertad de escoger las formas del contrato (§1). Este principio se mantiene cuando se está en presencia del formalismo alternativo (§2).

§1. Naturaleza imperativa de las formas legales

Cuando las partes quieren celebrar un contrato particular y la validez de dicho contrato está sujeta a la realización de una formalidad determinada por la ley, tienen la obligación de respetarla. Las partes tienen obligación de expresar su consentimiento de acuerdo con la forma de validez indicada por la ley.

La explicación de lo anterior surge del análisis mismo del concepto de principio de consensualismo. Ciertamente, consensualismo no implica ausencia de forma sino libertad de escoger, lo que significa, *contrario sensu,* que ante la excepción al principio general, es decir en el terreno del formalismo, necesariamente hay restricción a dicha libertad de escoger las formas contractuales.

En efecto, "al ser impuesta, la forma solemne no es, por esa misma razón, susceptible de equipolente. Autorizar al autor de un acto a exteriorizar su voluntad en una forma diferente de aquella que ordena la ley, equivaldría a darle la posibilidad de escoger la modalidad de expresión del consentimiento, lo que a su turno equivaldría a retornar al consensualismo"[45].

---

44 Jean Luc Aubert, "Le formalisme (rapport de synthèse)", *Rép. Défrenois*, 2000, p. 935.

45 Guerriero, óp. cit., p. 82.

La naturaleza misma del formalismo implica la existencia de una limitante, a saber, que para que el contrato sea válido la voluntad deberá expresarse mediante la forma indicada. En otras palabras, en principio, la forma es imperativa y, como consecuencia, la libertad de las partes queda totalmente excluida del campo de los contratos solemnes.

De esta manera, "cuando la ley somete un acto jurídico determinado a una forma solemne, y este acto se transforma por ello en acto solemne, no se permite que el autor o los autores de este acto utilicen otros modos para exteriorizar la voluntad, diferentes del que imperativamente es exigido por la ley"[46].

Esta noción de formalismo ha sido rigurosamente adoptada por la jurisprudencia francesa. En particular, la Corte denegó la validez de una donación privada basándose en la exigencia de una escritura pública consagrada en el artículo 931 del Código Civil[47]. Además, la jurisprudencia en Francia también reconoció la obligatoriedad de las formas legales en el caso de celebración de un contrato de matrimonio, para el cual la ley también exige la realización de una escritura pública.

Además, la obligatoriedad de las formas legales ha sido reconocida por el juez, incluso en el caso en que las partes debieron enfrentar alguna circunstancia que les impidió cumplir con la forma exigida por la ley.

La severidad de la jurisprudencia sobre este punto

> se manifiesta especialmente a través de la interpretación restrictiva de ciertos textos, en los cuales hubiera sido posible encontrar justificaciones para admitir equipolentes, o cuando se ha negado a tener en cuenta la urgencia y circunstancias excepcionales para admitir la validez de ciertas formas diferentes de aquellas impuestas por la ley, aunque le sean muy cercanas[48].

---

46 Ibíd., p. 104.

47 Francia, Corte de Casación, Req. Sentencia del 23 de marzo de 1870, *D.* 1870, I. 327; Francia, Corte de Casación, Req. Sentencia del 23 de mayo de 1876, *D.* 1876, I, 254; Francia, Corte de Casación. Cas. civ., Sentencia del 17 de febrero de 1898, *Gaz. Pal* 1898, I, 305, *D.* 1901, p. 68; Francia, Corte de Casación, Cas. civ., Sentencia del 12 de junio de 1967, *JCP* 1967, II, 15 225, *D.* 1967, 584, nota Breton; Rapp. civ. 20 de mayo de 1969, *Bull.* 1969, I, 156, n.º 194.

48 Guerriero, óp. cit., p. 106.

El principio de obligatoriedad del formalismo se mantiene cuando la ley le da a las partes la posibilidad de escoger entre diferentes formas de celebración del contrato.

§2. FORMALISMO ALTERNATIVO

Cuando es la ley la que da la opción de escoger entre varias formas para celebrar un contrato –es decir, en el caso del formalismo alternativo–, seguimos en el terreno de las formas imperativas.

Así, cuando el legislador le permite a las partes escoger entre diferentes formalidades específicamente enumeradas, nos encontramos también en presencia de un contrato solemne ya que, en este caso, no existe para las partes plena libertad de escoger los modos de exteriorización de su consentimiento. Por el contrario, tendrán obligación de celebrar el contrato utilizando las formas legales precisadas, excluyendo cualquier otra modalidad[49].

Así pues,

> cuando la ley impone una forma determinada o deja la opción entre dos formas igualmente determinadas, lo cual no modifica en nada el carácter solemne del acto, las partes no son libres de escoger una forma diferente. En caso de que así lo hicieren, el acto jurídico no generará los efectos que sus autores habían proyectado. Las formas solemnes no son susceptibles de equipolentes[50].

Lo anterior nos permite afirmar que en caso de que la ley provea formas "alternativas" para la celebración de un contrato, no estamos en el terreno de los mecanismos de sustitución de las formas. De hecho, el legislador da la opción y, en consecuencia, "las partes no son libres de manifestar su voluntad de ninguna manera que no sea una de aquellas que impone la ley"[51], lo que viene a confirmar el principio de imperatividad de las formas precisadas por la ley.

---

49 Por ejemplo, contrato de aprendizaje, venta de buques e hipoteca marítima, entre otros.

50 GUERRIERO, óp. cit., p. 104.

51 Ibíd.

Sin embargo, a pesar de la evidente obligatoriedad del formalismo contractual, algunos autores han observado cierta fluidez del formalismo en el derecho contemporáneo de los contratos. Si bien es cierto que esta noción puede ser considerada, en principio, antiformalista y contradictoria con respecto al concepto del formalismo[52] rígido en sí mismo, merece ser analizada en el ámbito de la validez de los acuerdos relativos a la forma.

B. matices: la forma sustituida

En virtud de la concepción fluida del formalismo contractual contemporáneo, la libertad contractual de los contratantes está llamada a jugar un papel muy importante ya que puede modificar las reglas de forma impuestas por la ley. ¿Pero cómo entender esta flexibilidad del formalismo contractual? Para comprender esta fluidez del formalismo nos ocuparemos primero de la noción y del alcance de los acuerdos de sustitución (§1), antes de abordar el formalismo de sustitución y el problema de la calificación del contrato (§2).

§1. noción y alcance de los acuerdos de sustitución de las formas contractuales

Ciertamente, la sociedad es dinámica y cambiante, lo que lleva necesariamente a que las reglas de derecho varíen y se adapten a las necesidades y a las situaciones particulares de los sujetos de derecho[53].

Siguiendo esta lógica, el formalismo contractual, instrumento de derecho, tampoco puede concebirse como una institución inmóvil e indiferente ante las necesidades cambiantes de la sociedad y más específicamente de los contratantes. Por el contrario, el formalismo debe ser concebido como

---

52 "La fórmula puede parecer paradójica considerando que el formalismo implica naturalmente cierta rigidez". Aubert, óp. cit., p. 935.

53 Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, 5.ª ed., Madrid, Trotta, 2003.

una herramienta versátil y maleable, para así garantizar la protección efectiva de las partes[54].

Esta concepción fluida del formalismo contractual permite pensar en mecanismos puntuales de sustitución de las formas por voluntad de las partes[55]. Ahora, ¿en qué consisten los mecanismos mediante los cuales las partes pueden sustituir las formas legales y en qué medida pueden materializarse?

Para comenzar, es necesario precisar que las sustituciones de las formas "permiten que las partes adecúen reglas de forma que la ley impone y, por lo tanto, pueden reemplazar un formalismo por otro"[56]. Se trata entonces de un acuerdo preparatorio a través del cual las partes, a pesar de la exigencia expresa de la ley, acuerdan sustituir la forma legal por otra formalidad contractual.

Surge entonces la pregunta de saber si existe total libertad de las partes para modificar las exigencias de forma legales o si, por el contrario, la voluntad sustitutiva de las formas tiene algún límite.

Es necesario tener claridad sobre este tema porque se podría pensar que el reconocimiento de esta libertad de las partes implica también la posibilidad para los contratantes de suprimir las formas legales. En este caso particular, resulta pertinente precisar que, en principio, no está permitido que las partes eliminen las formas contractuales exigidas por la ley. Y es así porque en el supuesto de supresión de las formas, la voluntad de las partes impediría la realización de las finalidades del formalismo legal en su función de protector de la voluntad de las partes.

No es difícil comprender que si el legislador busca proteger a las partes al imponer formas para la validez de un contrato, las partes entonces no puedan deshacerse de dicho formalismo argumentando sencillamente el ejercicio de la libertad contractual.

---

54 Según Jean Luc Aubert: "Sin embargo, me parece que corresponde a una realidad, a saber que las exigencias legales, en cuanto a la forma, no siempre son definitivamente inamovibles". AUBERT, óp. cit., p. 935.

55 Los acuerdos relativos a la forma son un instrumento al servicio de las partes y confirma la tendencia general que consiste en flexibilizar el formalismo contractual contemporáneo.

56 AUBERT, óp. cit., p. 936.

Es por eso que las partes no pueden suprimir la forma sin establecer a cambio otra forma, a menos que así se realice la finalidad que el legislador pretende alcanzar. En este caso, la supresión de la forma implicaría el desconocimiento de las disposiciones del legislador y, en consecuencia, la posibilidad de verse sancionado con la nulidad del contrato.

En cambio, la situación es diferente cuando las partes remplazan una forma por otra, en cuyo caso las partes tienen en principio libertad de sustitución. Sin embargo, la libertad de los contratantes tampoco es ilimitada. Yvonne Flour y Alain Ghozi propusieron una solución interesante frente al problema de los límites de la voluntad sustitutiva de las formas contractuales ligando la posibilidad de sustituir las formas al tema de realización de las finalidades del formalismo contractual.

En este sentido, afirmaron que casi siempre las formas legales pueden ser adaptadas o modificadas, pero siempre y cuando se cumpla con los objetivos de la ley. En otras palabras, el formalismo le abre campo a formas de sustitución o equivalentes, con tal de que estas últimas cumplan con las mismas funciones[57].

En consecuencia, según estos autores, los objetivos planteados por la regla de forma dan la medida de la libertad que se le deja a las partes, lo cual quiere decir que existe, entre la finalidad de la forma y la libertad de reemplazarlas, "una tensión constante"[58], y ello explica que cuando la finalidad de la forma está ligada al interés particular de las partes, estas son libres de sustituir una forma por otra que cumpla la misma finalidad.

En cambio, cuando se está en presencia de formalidades de tipo administrativo, las partes no están autorizadas para modificar las exigencias de la ley ya que hay comprometidas finalidades que están por fuera de la esfera individual de las partes. Así, las formalidades administrativas tales como el registro de una promesa unilateral de venta o el registro de una hipoteca, no quedan dentro del ámbito de la voluntad de las partes. Son

---

57 Yvonne Flour y Alain Ghozi, "Les conventions sur la forme", *Defrénois*, n.º 15-16, 2000, art. 37211, p. 919.

58 Ibíd., p. 920.

por naturaleza inmutables[59], lo que significa que es imposible encontrarles equivalentes.

§2. FORMALISMO DE SUSTITUCIÓN Y CALIFICACIÓN DEL CONTRATO

En este sentido, queda claro que la posibilidad de sustituir voluntariamente las formas de formación del contrato, dentro de ciertos límites, ha sido efectivamente admitida por la doctrina y la jurisprudencia en Francia[60].

Fue precisamente la jurisprudencia francesa la que, siguiendo su tendencia a flexibilizar el formalismo legal y con base en una suerte de "formalismo de sustitución", admitió la posibilidad de sustituir, en materia de donaciones, la forma exigida por el legislador en el artículo 931 del Código Civil.

De manera que, ejerciendo la libertad contractual, las partes pueden simular la donación bajo la forma de otro contrato diferente, cambiando una forma por otra y, de esta manera, en virtud de este formalismo de sustitución, recalificar el contrato.

La Corte de Casación francesa eximió algunas donaciones de la exigencia de documento público, contenida en el artículo 931 del Código Civil, sancionada con pena de nulidad, al admitir el formalismo de reemplazo de la donación simulada[61] por un acto a título oneroso, la donación indirecta[62] o la donación manual[63].

El argumento expuesto por la jurisprudencia y por varios autores para justificar la posibilidad de sustituir la forma legal por otra es el de condicionar la sustitución a la realización de las finalidades perseguidas por el

---

59 Ibíd., p. 919.

60 De hecho, la doctrina ya estudió el poder de la voluntad sobre la calificación del contrato. TERRE, óp. cit., p. 170.

61 Francia, Corte de Casación, Cas. 1ª civ., Sentencia, 22 de oct. de 1975, *Bol civ.* I, nº. 288, p. 241.

62 Francia, Corte de Casación, Cas. 3ª civ., Sentencia, 7 de abril de 1976, *Bol civ.* III, nº. 144, p. 144.

63 TERRE, SIMLER, y LEQUETTE, óp. cit., p. 152.

legislador a través de la exigencia de determinada forma, como puede ser la de un documento público.

En este sentido, Ripert propuso la validez de las donaciones no solemnes cuando la protección del donante quedaba garantizada mediante el formalismo de sustitución. Consideró que las formas de sustitución podían ser aceptadas mediante forma autenticada en la medida en que protegían la voluntad del donante[64].

En cuanto al objetivo del documento público consistente en asegurar la irrevocabilidad de la donación, algunos autores han afirmado que tanto la donación manual como la donación indirecta parecen presentar todas las garantías a este respecto[65].

Así, la tradición y la simulación forman parte de un formalismo de reemplazo. Garantizan, mediante la equivalencia, los intereses que la exigencia de un documento público tiende habitualmente a salvaguardar[66].

Por el contrario, otros autores consideran que las formas convencionales sustitutivas de la forma legal prevista para la donación (documento público) van en desmedro de la realización de las finalidades de la exigencia de una escritura pública. Así, en cuanto a la irrevocabilidad de la donación, finalidad evidente de la exigencia de un documento público, parece que la simulación de la donación pone en riesgo la regla de irrevocabilidad. "Si la liberalidad reviste la apariencia de un reconocimiento de deuda, el respeto del principio de irrevocabilidad se ve aún más seriamente comprometido [...]. Tanto la tradición como la simulación no parecen de ninguna manera llamados a garantizar la irrevocabilidad de la donación"[67].

"Pero es especialmente en el terreno de la protección de la voluntad del donante en donde se comprueba la ausencia de identidad de efectos entre el acto notariado de la donación y el hecho de organizar la clandestinidad

---

64 Georgees Ripert, *Etude critique de la notion de libéralité,* Cours du doctorat, Paris, 1930-1931, p. 113 y ss.

65 Xavier Lagarde, "Réflexions sur le fondement de l'art. 931 c. civ.", *RTD civ.* 1997.25 y 1, p. 35.

66 Jean-François Montredon, *La désolennisation des libéralités,* tesis, lgdj, 1989, p. 36.

67 Ibíd., p. 37.

de la liberalidad"[68]. Siendo así, la posibilidad de sustituir la forma consagrada en la ley pone en riesgo la protección de la voluntad del donante, objeto principal de protección por parte de la ley. Lo anterior debido a que "de una parte, la celebración de un documento público obliga a reflexionar y por ello impide que se dé un consentimiento a la ligera. Actos así no se firman como cualquier otro papel. Más allá de ir a visitar al notario, de lo que se trata es de 'ir al despacho notarial', lo que llama a reflexionar"[69]. En ese mismo sentido, Xavier Lagarde afirma que "el simple hecho de desplazarse hasta donde el notario hace que la persona reflexione", lo que implica que "si la escritura pública" tiene una virtud protectora, entonces ninguna otra forma podrá reemplazarla con los mismos beneficios[70].

Frente a estas consideraciones, algunos autores han afirmado que la teoría del "formalismo de sustitución es un 'mal menor' doctrinal [...]. En presencia de disposiciones legales que poco se adaptan a la sicología de los particulares, y de una jurisprudencia que avala las 'inadecuadas' tendencias de estos últimos, los autores han querido darse buena conciencia"[71].

Las críticas a la teoría del formalismo de sustitución ganan cada vez más terreno, sobre todo si se considera que "la equivalencia de formas presenta a la fecha un aspecto anacrónico. La época tiende a la revitalización del formalismo, un formalismo protector del que gozan los consumidores y más ampliamente quienes son considerados las partes débiles"[72].

Sin embargo, no es posible negar la fluidez que la libertad de las partes le imprime al formalismo. La libertad contractual, ejercida dentro de ciertos límites y bajo ciertas condiciones, puede efectivamente sustituir las formas contractuales exigidas por la ley. Pero, sobre todo, esta fluidez se manifiesta en lo que atañe al acuerdo relativo a las formas probatorias.

---

68 Ibíd.

69 Ibíd., p. 38.

70 Lagarde, óp. cit., p. 31.

71 Montredon, óp. cit., p. 39.

72 Lagarde, óp. cit., p. 32.

CAPÍTULO 2

El acuerdo relativo a la prueba de los actos jurídicos

Para comenzar, es necesario poner de presente que en este capítulo estudiaremos las reglas del formalismo probatorio[1] y recordar que en lo que atañe a las reglas de la prueba, nos encontramos todavía en el terreno del formalismo, pero moderado; es decir, cuando se exigen formas, no para la validez del contrato sino para su prueba o su oponibilidad[2]. "A diferencia de las formas solemnes, las formas probatorias no condicionan en absoluto la validez del acto jurídico. De no haberlas, el acto existe. Sencillamente se corre el riesgo de no poder probar el acto y de que, por ende, se vea privado de eficacia"[3].

Al evocar los términos "contrato" y "prueba" tendemos a situarnos de una vez en el terreno del contrato como objeto de la prueba, es decir, el de la eficacia del contrato y de los instrumentos probatorios con que cuentan las partes para probar la existencia y el contenido del contrato. Sin embargo, el contrato puede también hacer las veces de vehículo de las voluntades de las partes para establecer las reglas de prueba que regirán la relación contractual; es decir, el contrato puede también ser fuente de la regla de la prueba. Es precisamente esta última relación entre contrato y prueba la que vamos a abordar en las páginas siguientes: la voluntad contractual, fuente de las reglas de prueba del contrato. Valga mencionar de manera preliminar que en el contexto contemporáneo, caracterizado por la invasión de las reglas de forma[4] del contrato, resulta del mayor interés abordar el tema de los acuerdos relativos a la prueba.

En este sentido, primero es necesario interrogarse sobre la libertad de las partes para convenir las reglas de la prueba del contrato (sección 1), para luego estudiar el alcance y los límites de los acuerdos relativos a la prueba (sección 2).

---

1 Como ya se dijo en la introducción, el derecho de la prueba es, por esencia, formalista, lo cual significa que cuando se trata de las reglas de la prueba, continuamos en el terreno del formalismo.

2 François Terre, Philippe Simler e Yves Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 11.ª ed., Paris, Dalloz, 2013, p. 160.

3 François Terre, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, tesis, 1955, p. 161.

4 O de prueba, sabiendo que las reglas de la prueba son, por su misma naturaleza, formalistas.

SECCIÓN I. LA LIBERTAD DE LAS PARTES PARA CONCERTAR LAS REGLAS DE LA PRUEBA

Para estudiar los acuerdos sobre la prueba es necesario interrogarse primero sobre la validez de este tipo de acuerdos dentro del sistema de derecho civil francés y colombiano.

Para concebir este tipo de acuerdos hace falta saber qué posibilidad tienen las partes de celebrar acuerdos relativos a la prueba y crear así reglas de prueba de fuente convencional o qué latitud tienen para modificar o eludir, de manera convencional, la voluntad del legislador.

Para tal fin, como primera medida se debe analizar el alcance de la exigencia de una prueba documental establecida por el legislador (A), antes de revisar los tipos de acuerdos relativos a la prueba, según la finalidad prevista por la voluntad de las partes (B).

A. EXIGENCIA DE UNA PRUEBA DOCUMENTAL

Para saber qué libertad tienen las partes para concertar reglas de prueba y comprobar la validez de este tipo de acuerdos se hace necesario conocer las reglas vigentes sobre los derechos de la prueba y verificar, de acuerdo con dichas reglas, el espacio que se le deja a las partes para convenir voluntariamente sus propias reglas de prueba.

En materia del régimen relativo a la prueba, existen dos grandes sistemas opuestos: en primer lugar, el sistema de *prueba libre,* conocido también como sistema de *prueba moral*, que no establece ninguna jerarquía entre los modos de prueba y le deja al juez plena libertad para formar su propia convicción; y, en segundo lugar, el de la *tarifa legal o prueba legal,* sistema que limita la admisibilidad de los modos de prueba y le ordena al juez que considere ciertos los hechos establecidos por los medios de prueba admitidos. "En el derecho civil francés ninguno de estos dos sistemas prevalece plenamente sobre el otro. Esquematizando, podría decirse que el sistema de prueba legal es el que prima en los actos jurídicos, los cuales, en principio, deben ser probados por escrito; y, no se recibe, en contra ni por fuera del contenido del escrito, ninguna prueba testimonial"[5].

---

5 TERRE, óp. cit., p. 160.

Para el caso colombiano, el artículo 225 del Código General del Proceso establece que la prueba de testigos no podrá suplir el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato. Adicionalmente prevé que cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto. Esto deja claro que en el derecho colombiano, de manera similar que en el francés, el sistema de prueba legal es el que prima en materia de actos jurídicos.

En este sentido, es imperativo partir del estudio del fundamento del sistema de prueba legal de los actos jurídicos; es decir, de la exigencia de una prueba documental, tal como se encuentra consagrada en el artículo 1359 del Código Civil francés[6] y en artículo 225 del Código General del Proceso colombiano. Para tal fin, primero hay que examinar cuál es el valor de la prueba escrita (§1) para determinar luego la superioridad de la prueba documental y la validez de los acuerdos relativos a la prueba (§2).

§1. VALOR DE LA PRUEBA ESCRITA

Cuando las partes se ponen de acuerdo sobre la celebración de un contrato y buscan, a través de este instrumento, generar efectos jurídicos, parece lógico que la celebración de dicho contrato deje huellas sólidas y duraderas, ya que no hay excusa que pueda justificar que las partes no hayan producido, a la vez, acto y prueba[7].

Es natural que en materia contractual la ley deje a cargo de las partes la obligación de procurarse, en el momento de celebrar el contrato, prueba escrita de ello; en otras palabras, lo que la doctrina denomina prueba documental. Esta exigencia representa una simple norma jurídica que propende al orden jurídico en la sociedad, para garantizar la protección

---

6 Antiguo artículo 1341 del Código Civil francés, modificado por la Ordenanza del 10 de febrero de 2016, que reformó el derecho de obligaciones y contratos.

7 Antonio Rocha Alvira, *De la prueba en derecho. Actualizado con el código general del proceso y revisado por Alfonso Clavijo González*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2013, p. 59.

de la voluntad de las partes o para proteger los intereses de terceros. De esta manera, la memoria de la voluntad y el recuerdo de los hechos le son confiados al escrito o prueba documental, que se produce de manera simultánea al acuerdo de voluntades[8].

Con el paso del tiempo el escrito fue poco a poco adquiriendo su fuerza probatoria[9]. En la medida en que la escritura se fue difundiendo y los contratos comenzaron a celebrarse por escrito, la prueba testimonial oral fue perdiendo terreno frente al documento escrito. Según Planiol y Ripert, no se trata de una superioridad moral del escrito frente a la prueba testimonial, sino más bien de una inferioridad intelectual y subjetiva de la prueba testimonial frente al documento escrito[10].

Diversos autores han afirmado que el escrito

> se impone naturalmente como modo de prueba perfecto. Sus características se acoplan fielmente al objeto de la prueba de un acto jurídico. En efecto, para quien dice ser el acreedor, se trata de establecer el compromiso del deudor y el alcance de su compromiso. Ahora bien, el acto escrito cobra carácter perenne, y no se altera con el tiempo[11].

Según la ley, gran número de actos jurídicos deben celebrarse por escrito, en razón de su valor, exigencia que crea la noción de prueba escrita *ad-valorem,* o debido a la importancia de ciertas manifestaciones de la voluntad[12]. El artículo 1359 del Código Civil francés, así como el artículo

---

8 Ibíd.

9 "El empleo del escrito como modo de prueba privilegiada de los actos jurídicos supone, por lo demás, cierto entorno cultural y tecnológico. Tan solo comenzó a ser impuesto en Francia en el siglo XVI con la ordenanza de Moulins (1566), un poco más de cien años después de la invención de la imprenta por Gutenberg (1450), después de que el notariado se hubo perfeccionado y cuando la escritura y la lectura comenzaban a conocer una verdadera difusión". TERRE, óp. cit., p. 161.

10 MARCEL PLANIOL y GEORGES RIPERT, *Traité pratique de droit civil francais*, 2.ª ed., LDGJ, 1952.

11 VINCENT FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, tesis, Paris, LGDJ, 2007, p. 136.

12 ROCHA ALVIRA, óp. cit., p. 59.

225 del Código General del Proceso colombiano, consagran la exigencia de una prueba documental en materia contractual.

§2. SUPERIORIDAD DE LA PRUEBA DOCUMENTAL Y VALIDEZ DE LOS ACUERDOS RELATIVOS A LA PRUEBA

Sobre la posibilidad de celebrar contratos sobre la prueba en el derecho francés no cabe, en principio, la menor duda. De hecho, el artículo 1356 del Código Civil francés, modificado en la parte de contratos y obligaciones por la Ordenanza del 10 de febrero de 2016, consagra:

> los contratos sobre la prueba son válidos si tiene como objeto derechos sobre los cuales las partes tienen libre disposición. Sin embargo, ellos no pueden contradecir las presunciones irrefragables establecidas por la ley, ni modificar la fe vinculada al testimonio o confesión. Los contratos sobre la prueba no pueden establecer una presunción irrefragable a favor de una de las partes.

Así las cosas, para establecer la validez de los acuerdos sobre la prueba partimos de la permisión legal. El texto normativo es claro en aceptar la validez de este tipo de pactos. Ahora bien, es pertinente determinar los términos mediante los cuales es posible acordar reglas de prueba, su alcance y régimen normativo.

En efecto, la ley francesa exige expresamente que ciertos actos jurídicos sean celebrados por escrito o mediante escritura pública. El artículo 1359, en sus primeros incisos, estipula que "El acto jurídico que verse sobre una suma o un valor que exceda el monto fijado por decreto debe ser probado por documento privado o auténtico. No podrá probarse en contra un escrito que contenga un acto jurídico, así la suma sobre la cual verse no exceda el monto citado, que por medio de otro escrito documento privado o acto auténtico".

Este artículo contiene una prohibición, en el derecho francés, de prueba testimonial cuando el acto jurídico supera cierta suma. De esta manera "el escrito en materia del acto jurídico está por encima de todos los demás medios de prueba. Para probar un contrato, el demandante deberá aportar

la prueba documental o demostrar que puede beneficiar de las excepciones previstas por la ley"[13].

De esta manera, el artículo 1359 del Código Civil francés consagra la obligación de probar por escrito, mediante documento privado o auténtico, la celebración de ciertos actos; es decir, la exigencia de una prueba documental[14].

De igual forma el ordenamiento jurídico colombiano, en el artículo 225 del Código General del Proceso[15], establece la limitación de la prueba testimonial cuando la ley exija el escrito como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato.

Ahora bien, resulta pertinente precisar la noción de prueba documental, como también conocer con exactitud las diferencias que existen con otros conceptos que están estrechamente relacionados con el tema. Para comenzar, frente a la utilización, sin diferenciación, de los términos "prueba documental" y "prueba preconstituida", es necesario determinar si son sinónimos o si, por el contrario, se trata de nociones diferentes.

El Código Civil francés consagra la definición de prueba documental en su artículo 1365[16]: "El documento escrito consiste en una sucesión de letras, caracteres, cifras o cualesquier otros signos o símbolos dotados de significado inteligible, con independencia de su soporte". Por su parte, el Diccionario Cornu define la prueba documental como "la prueba aportada

---

13 Tien Dien Nguyen, *Le formalisme en matière contractuelle*, tesis, Université Paris 2 Panthéon Assas, 2001, p. 158.

14 El importe o el valor que trata el antiguo artículo 1341 fue fijado en 1500 euros a partir del 1.º de enero de 2005, mediante Decreto 80-553 del 15 de julio de 1980.

15 "La prueba de testigos no podrá suplir el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato. Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión". Artículo 225 Código del General del Proceso colombiano.

16 Modificado por la Ordenanza del 10 de febrero de 2016, que reformó el derecho de las obligaciones y los contratos en Francia.

mediante un escrito o documento"[17]. En estos términos, podemos afirmar que cuando se está en presencia de un *instrumentum* específico, a saber un escrito que consagra la celebración del contrato y su contenido[18], se está en presencia de una prueba documental.

Por su parte el diccionario Cornu define la prueba preconstituida como "prueba que una persona ha preparado, con el derecho que le asiste, antes del nacimiento de un litigio, especialmente mediante la redacción y la firma, con motivo de la celebración de un acuerdo, de un acto (instrumental) que comprueba su tenor. Por ejemplo, elaboración de un escrito"[19]. Así pues, la prueba preconstituida es el escrito que las partes contratantes dejan en el momento de la formación del contrato como previsión en caso de eventuales dificultades cuando se cumpla la fecha de ejecución de la obligación o, en caso de incumplimiento, la fecha para el pago de daños y perjuicios[20].

Por lo tanto, la noción de prueba preconstituida es un poco más compleja que la noción de prueba documental, ya que no implica solamente la exigencia de utilizar el escrito como *instrumentum* sino también la constitución de la prueba en un momento anterior. Ciertamente, el concepto de prueba preconstituida establece la obligatoriedad del documento escrito como medio de prueba, pero también contiene exigencia acerca del momento en que se constituye la prueba, mientras que en la noción de prueba documental solo está la exigencia de probar el contrato mediante documento escrito.

---

17 Gerard Cornu, *Vocabulaire juridique*, 8.ª ed., Paris, PUF, 2008, pp. 627 y 707.

18 Al hablar de prueba documental, ¿podrá hablarse también de los demás tipos de *instrumentum* diferentes del escrito? Según la noción consagrada en el artículo 1365 del Código Civil francés, no existe ninguna exigencia en cuanto al soporte o a las formas utilizadas para la prueba documental. De hecho, el artículo estipula que la prueba documental se deriva de "una sucesión de letras, caracteres, cifras o cualesquier otros signos o símbolos". De manera que la noción legal de prueba documental establece que puede presentarse en cualquier soporte (por ejemplo, soporte electrónico) y puede ser suministrada mediante presentación de otros instrumentos diferentes del escrito. Por ejemplo, se podría pensar en un dibujo que sería presentado como prueba documental.

19 Cornu, óp. cit., pp. 669 y 707.

20 Rocha Alvira, óp. cit., p. 370.

En consecuencia, podría afirmarse que las nociones de prueba documental y prueba preconstituida no son sinónimos y que, siendo así, los términos no son intercambiables. Toda prueba preconstituida puede ser una documental[21], pero una prueba documental no necesariamente es una preconstituida[22].

De otra parte, debemos ocuparnos del estudio de las diferencias existentes entre la exigencia de una prueba documental, consagrada en el artículo 1359 del Código Civil francés, y la noción de prueba convenida. Vamos a referirnos en primer lugar a la fuente de la regla de la prueba. Es importante saber, en lo que respecta a la exigencia de una prueba documental, consagrada en el artículo anterior, que dicha regla encuentra su fuente en la voluntad del legislador, es decir, es la ley la que le dio origen a esa regla de prueba. Por el contrario, en los casos de "prueba convenida", que es el tema estudiado en este capítulo, la voluntad individual es la que se encuentra en la génesis de la norma que impone o modera la exigencia probatoria.

A pesar de esta diferencia, el contenido del artículo 1359 del Código Civil francés y del artículo 225 del Código del General del Proceso colombiano[23] deben ser estudiados obligatoriamente por cuanto establecen el margen de validez y de maniobra de los acuerdos relativos a la prueba de los actos jurídicos.

En otras palabras, para el estudio de los acuerdos relativos a la prueba, hay que partir del análisis del contenido del artículo 1359 del Código Civil francés y 225 del Código del General del Proceso colombiano, ya que dichas normas preestablecen la exigencia probatoria en materia contractual, junto con la prohibición de prueba testimonial en ciertos casos y, en consecuencia, la obligación para las partes, de celebrar el contrato según una determinada forma. En este sentido, las partes son libres de concluir

---

21 Sin olvidar, claro está, que se puede perfectamente preconstituir una prueba mediante la utilización de otro *instrumentum* diferente del documento escrito.

22 Cabe recalcar que, con el objetivo de no perder la vía de la argumentación, aquí se presentan únicamente las diferencias más sutiles entre los dos conceptos. Un estudio más profundo del tema nos permitiría sacar a la luz los detalles de las otras diferencias.

23 Al igual que el artículo 225 del Código del General del Proceso colombiano.

acuerdos relativos a la prueba en los casos no previstos por los textos de los mencionados artículos[24]. En consecuencia, se puede afirmar que existe libertad sobre la prueba (en materia contractual), en los casos que no están contemplados en la norma legal[25].

Pero existe también libertad para las partes, en virtud del carácter dispositivo o de orden público de la norma legal, específicamente del artículo 1358 del Código Civil francés y del artículo 225 del Código del General del Proceso colombiano. De manera que la libertad, para las partes, de establecer un acuerdo sobre la prueba de su contrato se verá determinada en la medida de la exigencia contenida en los mencionados textos normativos.

Frente a este panorama, es indispensable interrogarse sobre el carácter de orden público de las reglas de la prueba, particularmente el artículo 1359 del Código Civil francés y el artículo 225 Código del General del Proceso colombiano, ya que en este sentido se podría hablar de la posibilidad para las partes de acordar sus reglas de prueba.

> Siguiendo los lineamientos del dictado de Ihering, según el cual "la justicia está por encima de la libertad", buena parte de la doctrina clásica en Francia se había inclinado por el carácter de orden público que tendrían las reglas en materia de prueba. Siendo la justicia una función del Estado, este no podría desinteresarse de la manera como se desarrollaba el debate judicial y el establecimiento de la verdad[26].

La doctrina y la jurisprudencia colombianas se inclinan por esta solución. Afirman categóricamente que las reglas de prueba son normas procesales y, en consecuencia, de orden público, razón por la cual no admiten ningún

---

24 En el derecho colombiano, el artículo 225 del Código General del Proceso establece la limitación de los testigos en los casos en que la ley exija expresamente una solemnidad para la validez o existencia del contrato. Este artículo estipula que la imposibilidad de probar mediante documento escrito, en los casos exigidos por la ley, será apreciada por el juez como un *indicio grave* contra su cocontratante.

25 Suma fijada por el Decreto 80-553 del 15 de julio de 1980.

26 G. Virassamy, Nota sobre Sentencia del 8 de noviembre de 1989, dos fallos: 1.º Société Crédicas vs. Mme. Cassan, 2.º Société Credicas vs. Mme. Kalifaa, p. 21.576.

acuerdo que pudiere derogarlas[27]. Las reglas relativas a la prueba forman parte del *jus cogens* y no dejan espacio para acuerdos entre las partes[28].

En cambio, el derecho francés ha reconocido que las reglas de prueba no tienen carácter de orden público. De ahí que "la exigencia de una prueba escrita solo vale en la medida en que las partes no hayan convenido otra cosa"[29]. Ciertamente, de acuerdo con una visión individualista del proceso y con los principios de libertad de los acuerdos y de neutralidad del juez, los acuerdos relativos a la prueba son válidos porque "si bien el proceso es administrado por el Estado, no es menos cierto que los intereses en juego son de carácter privado. Es asunto de las partes en litigio y el juez solo juega un papel pasivo. Según esta lógica, como las partes son dueñas de sus derechos, deben serlo también de sus pruebas"[30].

En efecto "ha sido a favor de esta última solución que la Corte de Casación francesa se ha pronunciado a través de una jurisprudencia tan constante como abundante, que recuerda que las reglas relativas a la prueba no son de orden público, sino de interés privado"[31]. Así, dueñas de sus derechos, las partes también lo serían de sus pruebas, ya que este tema solo atañe a su interés privado.

La jurisprudencia francesa ha confirmado y reiterado el carácter dispositivo de las reglas relativas a la prueba; y la alta jurisdicción se ha inspirado en ello en varias oportunidades. En cierta ocasión, la Corte de Casación francesa determinó que el tribunal no podía, de oficio, levantar la prohibición de la prueba por testigos o por presunciones. En otro caso,

---

27 A pesar de lo asentada y aceptada que parece estar esta posición, vale le pena cuestionarse si realmente en el ordenamiento jurídico colombiano las reglas de prueba atañen a asuntos de orden público o, por el contrario, en materia contractual. Por ejemplo, hacen parte de asuntos dispositivos que pueden ser objeto de la libertad de las partes.

28 Jaime Guasp, *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, p. 334.

29 Terre, Simler y Lequette, óp. cit., p. 164.

30 Valérie Depadt-Sebag, "Les conventions sur la preuve", en *La preuve*, dir. C. Duiglier, Paris, Economica, 2004, p. 14.

31 Georges Virassamy, Nota sobre Sentencia del 8 de noviembre de 1989, dos fallos: 1.º Société Crédicas vs. Mme. Cassan, 2.º Société Credicas vs. Mme. Kalifaa, p. 21.576.

la Corte afirmó que las partes podían renunciar expresa o tácitamente a invocar el artículo 1341[32] y que, por lo tanto, estaban en capacidad de realizar la prueba de otra manera que no fuese escrita, aun si el monto del litigio superaba el previsto por el texto[33].

"Es evidente que la continuidad de esta jurisprudencia traduce la firmeza del principio admitido por la Corte de Casación independientemente de cuales sean el mérito y la justificación"[34]. Lo anterior confirma el carácter dispositivo de la norma del artículo 1341[35] del Código Civil en Francia y la posibilidad, para las partes, de celebrar acuerdos particulares para establecer sus propias reglas a fin de probar el contrato[36].

En este sentido, habida cuenta del carácter dispositivo de la regla del artículo 1359 del Código Civil francés y, en consecuencia, de la libertad que tienen las partes de acordar las reglas de prueba de su contrato, resulta pertinente identificar los tipos de acuerdos relativos a la prueba que podemos encontrar.

---

32 Hoy artículo 1359 del Código Civil francés, de conformidad con la reformas realizada por la Ordenanza del 10 febrero de 2016.

33 Francia, Corte de Casación, Cas. req. Sentencia del 1.º de abril de 1862, D.P. 1862, 1, 433; Francia, Corte de Casación, Cas. civ., Sentencia del 6 de enero de 1936, D.H. 1936, 1, 115; Francia, Corte de Casación, Cas. civ. 1.ª, Sentencia del 29 de junio de 1960, *Bull. civ.* I, nº. 355, p. 292; Francia, Corte de Casación, Cas. civ. 1.ª, Sentencia del 5 de noviembre de 1952, *Bull. civ*. I, nº. 286; Francia, Corte de Casación, Cas. civ. 2.ª, Sentencia del 5 de abril de 1965, *Bull. civ*. II, nº. 349; Francia, Corte de Casación, Cas. Civ. 1.ª, Sentencia del 7 de abril de 1980, *Bull. civ.* I, nº. 142, p. 115; GEORGES VIRASSAMY, Nota sobre Sentencia del 8 de noviembre de 1989, dos fallos: 1.º Société Crédicas vs. Mme. Cassan, 2.º Société Credicas vs. Mme. Kalifaa, p. 21.576.

34 Ibíd.

35 Hoy artículo 1359 del Código Civil francés de conformidad con la reformas realizada por la Ordenanza del 10 febrero de 2016.

36 En este sentido: "Las reglas de la prueba preconstituida tienden a clarificar y organizar las pruebas admisibles en caso de impugnación. Además, determinan la manera en que el juez puede forjar su convicción. Estos dos planteamientos podrían llevar a pensar que dichas reglas son de orden público. Sin embargo, en realidad, la jurisprudencia ha admitido una solución contraria al espíritu de estas reglas, y confirma que no son de orden público". NGUYEN, óp. cit., p. 166.

B. ACUERDOS RELATIVOS A LA PRUEBA SEGÚN SUS FINALIDADES

Después de verificar la libertad que tienen las partes en el derecho francés para acordar las reglas de prueba del contrato, podemos interrogarnos sobre qué tipos de acuerdo relativos a la prueba existen en función de los objetivos que la voluntad individual busca alcanzar. Así, los acuerdos relativos a la prueba pueden clasificarse en dos categorías: los que atenúan el rigor del modo de prueba legalmente consagrado (§1) y aquellos que, por el contrario, aumentan el rigor probatorio propuesto por la ley (§2).

§1. ATENUAR O ELIMINAR EL RIGOR PROBATORIO DE LA REGLA DE PRUEBA

El acuerdo relativo a la prueba es un verdadero contrato y goza, por lo tanto, del carácter y los atributos inherentes a los actos jurídicos. Es así como, una vez celebrado, las partes quedarán atadas al contrato que, de hecho, es ley para ellas. Entonces, "de la misma manera que la ley suprime en ocasiones la exigencia de prueba, el contrato, que es 'ley para las partes' puede eliminar el recurso a la prueba"[37]. En otros casos, la libertad contractual puede incluso atenuar el rigor probatorio estipulado en la ley.

La jurisprudencia francesa ha reconocido que las partes pueden moderar, renunciando a aplicar el artículo 1359 del Código Civil, la exigencia de la prueba, y acordar el recurso a la prueba testimonial[38].

El acuerdo sobre la prueba de los actos jurídicos también es frecuente en materia de evaluación de los daños. En caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales, el contratante que incumpla tendrá obligación de reparar el perjuicio causado. Para ello, el cocontratante deberá,

---

37 DIDIER FERRIER, "La preuve et le contrat", en *Mélanges Cabrillac,* Paris, Litec, 1999, p. 112.

38 Francia, Tribunal de Rennes, Sentencia del 25 de febrero de 1841, S., 1841-2-429; Francia, Corte de Casación, Cas. civ., Sentencia del 6 de enero de 1936, DH, 1936, p. 116; Francia, Corte de Casación Req., Sentencia del 24 de marzo de 1942, DC, 1942, p. 64.

en principio, probar el incumplimiento y el perjuicio por el cual pide reparación. Con la inclusión de una cláusula penal en el contenido del contrato, las partes establecen previamente el monto del perjuicio que deberá ser reparado en caso de falla de alguna de ellas. En dicho caso, la víctima del incumplimiento quedará exenta de tener que probar el monto exacto del perjuicio sufrido.

Según algunos autores, la cláusula penal corresponde a una especie de acuerdo tácito de flexibilización de la prueba en la medida en que dicha cláusula exonera a la víctima de incumplimiento de probar el monto del perjuicio. "No desaparece totalmente la exigencia probatoria, pero la limita a una sola, a saber, la prueba de incumplimiento; pero ya no habrá discusión sobre el monto del perjuicio"[39].

Sin embargo, no consideramos que se pueda pensar que la cláusula penal es un verdadero acuerdo de prueba, si bien indirectamente puede jugar ese rol.

Otro ejemplo de flexibilización de la prueba por voluntad de las partes está en la inclusión de cláusulas de reserva de dominio. Esta cláusula le permite al vendedor seguir siendo propietario de los bienes enajenados hasta tanto no hayan sido pagados por el comprador. "La cláusula de reserva de dominio no suprime del todo la exigencia probatoria ya que el vendedor deberá probar, por una parte, que los bienes que reclama son aquellos que entregó y, por otra, que la cláusula fue acordada entre las partes. Sin embargo, la exigencia probatoria relativa a la falla actual o eventual del comprador queda eliminada"[40].

El acuerdo entre las partes puede también eliminar total o parcialmente la exigencia probatoria establecida en la ley. De haber eliminación total, las partes acuerdan abolir completamente la exigencia probatoria establecida por la ley. En consecuencia, "se buscará eliminar la prueba, como medio para garantizar la seguridad jurídica de las partes, es decir la plena eficacia del convenio, a costa, de ser necesario, de la verdad y, en ocasiones también de la verosimilitud, y descartando cualquier impugnación o intervención de un juez"[41].

---

39 Ferrier, óp. cit., p. 113.

40 Ibíd., p. 115.

41 Ibíd., p. 112.

En cuanto a la eliminación parcial de la exigencia probatoria, el acuerdo relativo a la prueba puede también tratar la cuestión del objeto de la prueba, ya sea preestableciéndolo o presumiéndolo. En este sentido "a veces, el contrato preestablece el resultado que se espera de una exigencia probatoria, es decir, el objeto de la prueba, para prevenir las dificultades que pudieren surgir para determinarlo"[42].

Otro caso de eliminación parcial de la prueba es aquel en el que las partes estipulan una obligación llamada "de resultado", que permite

> invocar la responsabilidad del deudor que ha incumplido, sin necesidad de probar que dicho incumplimiento es por su causa. En la medida en que se ha comprometido a producir cierto resultado, la ausencia de este basta para establecer su responsabilidad. Con frecuencia se considera que este acuerdo conduce a una inversión de la carga de la prueba[43].

Respecto de la naturaleza de los acuerdos sobre la carga de la prueba, estos no modifican el contenido de la exigencia probatoria establecida por la ley, pero sí cambian la parte sobre la cual recaerá la carga de probar un hecho determinado. Así, el acuerdo sobre la carga de la prueba implica la eliminación no tanto del rigor probatorio, sino de la obligación legal que tendría una de las partes en cuanto a tener que probar un hecho determinado.

Ciertamente,

> los acuerdos sobre la carga de la prueba constituyen una renuncia de una de las partes al beneficio de las reglas legales. Y se tiene duda en admitirlos, particularmente cuando el juez deduce su existencia por el hecho de que una de las partes ha demostrado voluntariamente hechos que no estaba obligada a demostrar, ya que una parte puede perfectamente hacerlo sin que por ello esté renunciando al sistema legal[44].

Para la mayoría de los autores, los acuerdos relativos a la carga de la prueba son válidos. La doctrina y la jurisprudencia aceptan el valor de los acuerdos

---

42 Ibíd., p. 113.

43 Ibíd.

44 Depadt-Sebag, óp. cit., p. 21.

que crean simples presunciones de hecho y modifican en ese caso la carga de la prueba. Un ejemplo de acuerdo relativo a una presunción de hecho sería el acuerdo que establece que la enfermedad de unas vacas aseguradas existía, por ejemplo, en el momento de la celebración del contrato de seguro, pero niega todo valor a las cláusulas que establecen presunciones legales porque solamente una regla de derecho puede ser fuente de presunción legal[45].

Así, estos contratos (sobre la carga de la prueba) son válidos porque las partes pueden disponer del objeto del contrato, en la medida en que no contravengan la ley que impera y no contengan disposiciones que impliquen intromisión en el deber y la actividad del juez[46].

En consecuencia, no cabe duda de que el sistema de prueba francés no se opone a la validez de los acuerdos que busquen eliminar la exigencia probatoria prevista por la ley o atenuar su rigor probatorio. Entonces, surge la pregunta acerca de la posibilidad de celebrar un acuerdo con el fin de crear una exigencia probatoria que no esté consagrada por la ley, o de aumentar el rigor probatorio establecido por la regla legal de la prueba.

§2. CREAR UNA EXIGENCIA PROBATORIA O AUMENTAR EL RIGOR PROBATORIO ESTABLECIDO POR LA REGLA LEGAL DE PRUEBA

En caso de inexistencia de una norma legal que exija cierto procedimiento de prueba para probar un hecho particular, las partes pueden crear una regla de prueba de origen convencional. De este modo, en el caso de contratos cuya prueba es libre, las partes pueden celebrar un acuerdo para crear una exigencia probatoria limitando así la eficacia del acto a la realización del procedimiento de prueba acordado.

En principio, estos acuerdos son válidos, pero deben haber sido pactados libremente. Así pues, las partes tienen libertad para crear una exigencia probatoria particular que respete tanto su autonomía para comprometerse, como el equilibrio contractual que debe existir en el momento de la

---

45 Leo Rosenberg, *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Ejea, 1956, pp. 200–217.

46 Ibíd., p. 217.

celebración de un contrato. De lo contrario, un acuerdo que cree una exigencia probatoria particular podría perjudicar la eficacia de los derechos que le pertenecen a alguna de las partes.

El acuerdo puede también aumentar la exigencia probatoria establecida por la ley cuando esta prescribe un modo de prueba particular, pero las partes renuncian al beneficio allí estipulado y hacen más pesado el deber probatorio. Un ejemplo de endurecimiento de la prueba podría encontrarse en "los casos de cláusulas mediante las cuales las partes deciden recurrir a la prueba escrita, renunciando al beneficio de la prueba testimonial prevista por la ley"[47].

En este sentido "las partes pueden endurecer las exigencias del artículo 1341[48] del Código Civil francés al convenir que la prueba deberá ser aportada mediante documento público. De todas maneras, para que un acuerdo de ese tenor sea lícito se requiere que las partes hayan tenido la libre disposición de los derechos en cuestión"[49].

Después de estudiar la posibilidad que tienen las partes de acordar libremente las reglas de prueba del contrato en el marco del artículo 1359 del Código Civil francés y los tipos de acuerdo según la finalidad que se busca, resulta interesante interrogarse sobre el alcance y los límites de los acuerdos relativos a la prueba.

SECCIÓN 2. ALCANCE Y LÍMITES DE LOS ACUERDOS RELATIVOS A LA PRUEBA

Acabamos de examinar la posibilidad que tienen las partes de celebrar acuerdos sobre las pruebas de los actos jurídicos, con base en el contenido y el alcance del artículo 1359 del Código Civil francés. Cabe entonces preguntarse cuál es la fuerza de la voluntad individual para establecer las

---

47 Francia, Corte de Casación, Cas. civ., Sentencia del 30 de julio de 1884, S., 1885. I. 375; Francia, Corte de Casación, Cas. civ., Sentencia del 8 de agosto de 1901, S., 1904, I, 481.

48 Hoy artículo 1359 del Código Civil francés, de conformidad con la Ordenanza del 10 de febrero de 2016.

49 NGUYEN, óp. cit., p. 167.

reglas de la prueba del contrato (A) y cuáles son las medidas y los límites que tienen los acuerdos sobre la prueba (B).

A. Alcance de los acuerdos relativos a la prueba

Con el fin de definir el alcance de los acuerdos relativos a la prueba, abordaremos ahora la noción de acuerdo relativo a la prueba (§1) y la definición de su campo de aplicación, así como algunos ejemplos en los derechos especiales (§2) que constituyen puntos fundamentales sobre este tema.

§1. Noción de acuerdo relativo a la prueba

Podríamos definir los acuerdos relativos a la prueba como "acuerdos expresos o tácitos mediante los cuales las partes modifican las reglas normales de la prueba judicial ya sea en cuanto a la carga de la prueba, en lo que respecta a la determinación de los hechos por probar, o en cuanto al empleo de los procedimientos de prueba"[50]. En este sentido, los acuerdos relativos a la prueba tienen como propósito permitir que las partes organicen la manera cómo van a demostrar los derechos que quieren reclamar ante la justicia[51].

Se trata de verdaderos contratos, regidos por el principio de autonomía de la voluntad y de libertad contractual. Ahora bien, el artículo 1103 del Código Civil francés se aplica en su totalidad cuando afirma que "los acuerdos legalmente formados tendrán fuerza legal entre quienes los hayan efectuado". De manera que en el marco de la celebración del contrato, los contratantes son elevados al rango de legislador. Y en el caso particular de los acuerdos relativos a la prueba, los cocontratantes son los creadores de reglas de derecho de la prueba y el contenido del acuerdo será entonces ley para las partes.

De hecho, el contrato juega un doble papel con relación a la prueba. En primer lugar, representa el objeto de la prueba. En el sistema jurídico es el rol tradicional que le incumbe como prueba, debido a que se debe probar su existencia o su contenido dentro de un proceso. Pero el contrato

---

50 Planiol y Ripert, óp. cit., n.º 1428.

51 Depadt-Debag, óp. cit., p. 13.

juega otro papel en relación con la prueba. Puede también ser el medio de organización de la prueba ya que los contratantes son los dueños del acuerdo y tienen libertad para determinar las reglas particulares que regirán la prueba del contrato[52].

En otras palabras, "el contrato juega clásicamente el rol de prueba. En sí mismo constituye un instrumento (*instrumentum*) de prueba y su elaboración, previa al establecimiento de relaciones entre las partes, conlleva a la preconstitución de la prueba. Por lo demás, generalmente se le estudia bajo este aspecto auto-probatorio de formalización de la prueba"[53]. En este capítulo abordaremos el contrato en la óptica de su segundo papel, a saber, el papel contemporáneo de la prueba: el contrato como fuente de la regla de la prueba. Desde esta perspectiva, el contrato es el acuerdo entre las partes "al que se le pueden incluir condiciones para el establecimiento de la prueba"[54].

Frente a estos retos, es fácil constatar una orientación "antiformalista"[55] de la jurisprudencia, en materia de acuerdos sobre la prueba. A pesar del notorio desarrollo de la legislación que impera en materia de contratos y de la invasión formalista por vía legal, se observa la emergencia de otra tendencia (particularmente jurisprudencial) muy diferente, que busca darle más libertad a las partes en el momento de celebrar el contrato.

Esta tendencia, totalmente opuesta a la primera[56], se hace visible a través de la posibilidad que tienen las partes de celebrar contratos sobre

---

52 Ferrier, óp. cit., p. 106.

53 Ibíd., p. 107.

54 Ibíd.

55 Así sucede con las reglas de pruebas estudiadas en el contexto del formalismo. Sobre este tema: "la noción de eficacia del acto jurídico ocupa, tal como se ha constatado, un lugar preponderante en la definición del formalismo. Ahora bien, la regla de la prueba de un acto jurídico condiciona su eficacia en la medida en que constituye el medio que permite establecer su existencia judicial. Cuando la prueba de un acto depende de su redacción previa, este queda sometido a una regla de forma que condiciona su eficacia. Desde este punto de vista no habría entonces razón para excluir las reglas de la prueba de las manifestaciones del formalismo". Vincent Forray, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, tesis, LGDJ, 2007, p. 132.

56 Que consiste en el aumento y la imposición de formas para la celebración del contrato.

la prueba[57]. La validez de los acuerdos relativos a la prueba es una ilustración de esta tendencia antiformalista, la cual ha ganado terreno por vía jurisprudencial.

> En fin de cuentas, nuestro sistema probatorio está gobernado en parte por el principio de la libertad contractual, aunque el Estado sigue imponiendo ampliamente un orden público de la prueba. Esta organización del proceso, que resulta paradójica para algunos autores, permite conciliar la libertad de las partes, fundada en su voluntad contractual con los principios fundamentales de nuestro sistema judicial[58].

Esta posibilidad de celebrar acuerdos sobre la prueba, abierta por vía jurisprudencial, se encuentra ya consignada en el artículo 1356 del Código Civil francés de conformidad con lo establecido por la Ordenanza del 10 de febrero de 2016:

> Los contratos sobre la prueba son válidos si tienen como objeto derechos sobre los cuales las partes tienen libre disposición. Sin embargo, ellos no pueden contradecir las presunciones irrefragables establecidas por la ley, ni modificar la fe vinculada al testimonio o confesión. Los contratos sobre la prueba no pueden establecer una presunción irrefragable a favor de una de las partes.

En este sentido, las partes pueden, mediante acuerdo particular, ajustar las reglas aplicables a la prueba de su contrato.

> A título de ilustración, se acepta que las partes acuerden que se requiera una prueba testimonial cuando en principio se hubiera requerido un escrito, habida cuenta del interés pecuniario en juego, o que convengan que la obligación de establecer la prueba recaiga sobre la parte que legalmente no tendría dicha obligación; incluso también se acepta que acuerden reconocerle carácter probatorio a un documento que no debería tener dicha función por cuanto no contiene firma. El hecho de suministrar un número de tarjeta bancaria

---

57 Y también en los acuerdos relativos a la forma. Véase el capítulo "El acuerdo sobre las formas de validez".

58 Depadt-Sebag, óp. cit., p. 17.

> puede, si así lo acuerdan las partes, valer como "firma electrónica" y constituir una prueba suficiente del compromiso suscrito por el titular de la tarjeta[59].

La posibilidad que tienen las partes de renunciar a las reglas legales de la prueba puede parecer inconcebible teniendo en cuenta que el sistema probatorio del Estado busca forjar la convicción del juez. La finalidad de la regulación legal de la prueba consiste en acercar al juez a la verdad material, en beneficio de las partes. De ahí que sorprenda que los interesados puedan descartarla libremente[60].

Sin embargo, en esta materia, la libertad contractual parece reafirmarse como principio rector del derecho de los contratos. "Porque la libertad contractual constituye uno de los principios de nuestro derecho de las obligaciones: 'lo que es contractual es justo', haciendo eco del principio de autonomía de la voluntad. Si las partes han acordado ajustar la prueba, no hay razón alguna para cuestionar esta voluntad común"[61].

El acuerdo relativo a la prueba puede ser expreso o tácito. De hecho, con frecuencia la prueba procede de una actitud o de un comportamiento[62]. En ese sentido, la jurisprudencia francesa aceptó hace ya tiempo que la renuncia de una de las partes al beneficio de una promesa de compraventa elimina la exigencia de la prueba documental[63]. También se acepta que la renuncia al beneficio de una cláusula de un contrato pueda probarse libremente, aunque el artículo 1359 del Código Civil francés prohíba probar contra y más allá del contenido de un documento mediante testigos o presunciones[64]. "Si la renuncia a las reglas del artículo 1341[65] es justificada, el demandante podrá recurrir a los testigos y a las presunciones para

---

59 Ferrier, óp. cit., p. 110.

60 Ibíd.

61 Ibíd.

62 Francia, Corte de Casación, Cas. soc., Sentencia del 3 de agosto de 1949, *Bull. civ.* III, n.º 894.

63 Francia, Corte de Casación, Cas. Req., Sentencia del 14 de mayo de 1946, jurispr., p. 374.

64 Francia, Corte de Casación, Cas. com., Sentencia del 25 de junio de 1958, *Bull. civ.* 1958, III, nº. 280; Gaz. Pal., 1958, 2, p. 194.

65 Ahora artículo 1359, de conformidad con la Ordenanza del 10 de febrero de 2016.

probar la existencia y el contenido del contrato. En tal caso, la valoración de los medios de prueba deberá ser entregada al poder soberano de los jueces de fondo"[66].

Sin embargo, fue por vía jurisprudencial como los acuerdos ganaron terreno. De ahí que sea útil estudiar el desarrollo jurisprudencial relativo a los derechos especiales y determinar así el campo de aplicación de los acuerdos relativos a la prueba.

§2. CAMPOS DE APLICACIÓN DE LOS ACUERDOS RELATIVOS A LA PRUEBA: AUGE DE LOS ACUERDOS RELATIVOS A LA PRUEBA EN MATERIA DE PRUEBA TECNOLÓGICA

El desarrollo de los contratos tecnológicos y la aparición de nuevas modalidades contractuales en el derecho contemporáneo han mostrado la utilidad de recurrir a modos de prueba innovadores, habitualmente ignorados por el derecho. Las nuevas vías ofrecidas por la tecnología y los intercambios multimedia abrieron la posibilidad de validar nuevas modalidades de demostración.

Frente a la insuficiencia del derecho positivo ante el desarrollo de las relaciones contractuales contemporáneas e inmaterializadas, la práctica contractual optó por la posibilidad de conceder modos de prueba que el derecho no reconocía aún y que tuvo que ir tomando en cuenta progresivamente[67].

En efecto, el auge de los acuerdos relativos a la prueba se dio precisamente en la práctica contractual contemporánea con el desarrollo de los intercambios multimedia y la celebración de contratos por vía electrónica.

En los contratos contemporáneos encontramos numerosos acuerdos relativos a los procedimientos de prueba que buscan adaptar las reglas de prueba del contrato a las modalidades y recursos propios de las técnicas empleadas[68].

---

66 NGUYEN, óp. cit., p. 169.

67 M. CABRILLAC, Observación sobre Cas. com., Sentencia del 2 de diciembre de 1997, *RTD. Com.* 1998, 187.

68 DEPADT-SEBAG, óp. cit., p. 18.

Encontramos un primer ejemplo en materia de suscripción telefónica, en donde está previsto que el extracto suministrado por el proveedor del servicio vale como prueba de utilización de la línea por parte del suscriptor. Otro ejemplo está en los contratos de suministro de servicios como el agua, el gas o la energía eléctrica. En esos casos, las partes convienen que la prueba del acuerdo resultará del registro que aparezca en el contador del usuario[69].

En el derecho bancario, los acuerdos relativos a la prueba son muy frecuentes. En este tipo de contratos un establecimiento le entrega a su cliente una tarjeta de pago, junto con la clave que le permite utilizarla. Con frecuencia, las partes prevén que el registro informático en el computador del banco tendrá validez como prueba de las órdenes de pago realizadas por medio de la tarjeta y la clave correspondiente.

En materia de acuerdos relativos a la prueba en el derecho bancario, en Francia, el fallo Credicas es muy célebre. Este fallo, pronunciado el 8 de noviembre de 1989 por la Corte de Casación, reconoció la validez de los acuerdos sobre la fuerza probatoria de los modos de prueba. La Primera Sala Civil criticó a los jueces de fondo por haber considerado que "independientemente de cuales sean los acuerdos de las partes [es conveniente] que se presenten elementos llamados a convencer a los jueces", decidiendo así que los jueces no pueden declarar insuficientes, como elementos de convicción, aquellos que, según el acuerdo de las partes, sean suficientes para ellas[70].

En este sentido, en materia de contratos bancarios, quienes emiten tarjetas acostumbran ahora incluir en los contratos celebrados con sus clientes cláusulas que prevén que estos tipos de identificación son prueba de sus compromisos. La cuestión está en saber si estos acuerdos relativos a la prueba tendrían un verdadero alcance jurídico. En este caso, la Corte

---

69 Francia, Corte de Casación, Cas. civ. 1.ª, Sentencia del 30 de marzo de 1999, JCP, 2000, II. 10 334. Véase también P. Y. GAUTIER, Observación sobre Cass. civ., Sentencia del 4 de junio de 1991, RTD civ. 1992, 403.

70 CH. GAVALDA, Nota sobre Cas. civ. 1.ª, Sentencia del 8 de noviembre de 1989, dos fallos, *Bull. civ*. I, n.º 342, p. 230: *D*. 1990, J, 369 y *D.* 1990, J, 369; G. VIRASSAMY, Nota sobre Cas. civ., *JCP* 1990, II, 21576.

de Casación "no duda en afirmar claramente y en términos muy generales la licitud de los acuerdos relativos a la prueba, lo que va más allá de una simple confirmación de las soluciones antiguas"[71].

La sistematización de las relaciones contractuales tuvo importantes consecuencias en los métodos utilizados en el momento de celebrar contratos, así como en la transformación del sistema probatorio. El caso del fallo Credicas muestra claramente cómo los acuerdos relativos a la prueba son instrumentos muy útiles en favor de la eficacia y rapidez en las relaciones entre los banqueros, los establecimientos crediticios y sus clientes.

Así, el tema de la validez de los acuerdos relativos a la prueba, un tanto olvidado y marginal, ha ido ganando fuerza con el desarrollo de los medios de pago con tarjeta y de los contratos por internet. Por lo tanto, le corresponde al derecho contemporáneo comprobar la validez de este tipo de acuerdos y reconocer su fuerza probatoria[72].

En la práctica, esta jurisprudencia de la Corte de Casación refuerza la seguridad, la rapidez y la eficacia de las relaciones sistematizadas en el campo bancario y crediticio. Las partes que deciden incluir en su contrato un acuerdo sobre la prueba, al otorgarle fuerza probatoria a los métodos sistematizados, facilitan también la prueba del contrato[73].

Esta solución busca favorecer la fluidez de los sistemas automatizados, de la informática bancaria y del crédito. También constituye una "consagración o un reconocimiento de la "firma electrónica"[74] y "garantiza, al mismo tiempo, la irrevocabilidad de la orden de pago, propósito de la Ley

---

71 Georges Virassamy, Nota sobre Sentencia del 8 de noviembre de 1989, dos fallos: 1.º Société Crédicas vs. Mme. Cassan, 2.º Société Credicas vs. Mme. Kalifaa, p. 21.576.

72 Alain Benabent, *Droit civil, Les obligations*, 12.ª ed., Paris, Montchrestien, 2010, p. 83.

73 Véase sobre los acuerdos suscritos entre los bancos y sus clientes en relación con el empleo de las tarjetas bancarias: Ch. Gavalda, Nota sobre Cas. 1.ª civ. Sentencia del 8 de noviembre de 1989, *Bull. civ*. I, n.º 342, p. 230; G. Virassamy, Nota sobre Cas. civ., *JCP* 1990, II, 21576; J. Mestre, Observación sobre Cas. 3.ª civ., Sentencia del 27 de mayo de 1990, *Bull. civ*. III n.º 225, RTD civ. 1991.314; M. Cabrillac y B. Teyssie, Nota sobre Cas. civ., *RTD* com. 1990, 79.

74 Véase M. Boizard, Nota sobre Montpellier 1.º Ch., sect. D, Sentencia del 9 de abril de 1987, *JCP* 1988, II, 20984; J. Mestre, "Un panorama de décisions relatives au

del 11 de julio de 1985, al prohibirle al cliente rechazar con posterioridad su existencia, por fuera de los supuestos legalmente admitidos"[75].

Estos acuerdos relativos a la prueba pueden tener como efecto la inversión de la carga de la prueba. En el caso de las tarjetas de crédito, estas solo se expiden cuando existe un acuerdo sobre la prueba que tiene como único efecto invertir la carga de la prueba. "No podría impedir que se demuestre libremente, por cualesquier medios, la inexactitud del registro informático; esta prueba negativa es difícil y solo puede resultar de indicios como, por ejemplo, la imperfección del equipo o la inverosimilitud del pago"[76].

En este sentido, el derecho del consumo se ha mostrado renuente a aceptar la validez de los acuerdos relativos a la prueba, en la medida en que pueden invertir la carga de la prueba y atentar así contra la libertad de prueba.

En efecto, el Código del Consumo francés, en su artículo R-132-1 numeral 12 dispone que se consideran definitivamente abusivas, y por lo tanto están prohibidas, las cláusulas que tengan por objeto o como efecto imponerle al no profesional o al consumidor "la carga de la prueba que, en virtud del derecho aplicable, debería corresponderle normalmente a la otra parte en el contrato".

En consecuencia del contenido de la norma citada, en los contratos de consumo se colige que las cláusulas que invertirían la carga de la prueba en detrimento del consumidor o que limitarían los medios a su disposición podrían ser consideradas abusivas[77]. Según el Código del Consumo, estas cláusulas, consideradas abusivas, serán reputadas como no escritas.

Cabe señalar que la validez de los acuerdos relativos a la prueba electrónica fue elevada al rango legal. El artículo 1366 del Código Civil francés consagra que "El escrito bajo forma electrónica será admitido como

---

formalisme", *RTD civ.*, 1988, p. 758. Véase también JERÔME HUET y HERBERT MAISL, *Droit de l'informatique et des télécommunications*, Paris, Litec, 1989, n.º 665, p. 778.

75 GEORGES VIRASSAMY, Nota sobre Sentencia del 8 de noviembre de 1989, dos fallos: 1.º Société Crédicas vs. Mme. Cassan, 2.º Société Credicas vs. Mme. Kalifaa, p. 21.576.

76 PHILIPPE MALAURIE, "L'effet prophylactique du droit civil", en *Liber Amicorum Jean Calais- Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, p. 280.

77 BENABENT, óp. cit., p. 83.

prueba al mismo título que el escrito en soporte papel, a condición de que pueda ser debidamente identificada la persona de quien emane y que sea establecido y conservado en las condiciones idóneas por su naturaleza para garantizar su integridad".

Sin embargo, con el fin de definir con exactitud el campo de aplicación de los acuerdos relativos a la prueba, hay que saber hasta dónde puede llegar la voluntad individual. De ahí que resulte necesario conocer cuáles son los límites que tiene la voluntad en el momento de convenir las reglas de prueba del contrato.

B. LÍMITES DE LOS ACUERDOS RELATIVOS A LA PRUEBA

El sistema probatorio civil, considerado de interés privado[78], sigue siendo regido por el principio de libertad contractual. Siendo así, en cuanto a los derechos sobre los cuales las partes son libres de disponer, los convenios relativos a la prueba son lícitos. En efecto, son válidos pero limitados. Para conocer el alcance de estos acuerdos, es necesario descubrir sus límites, definidos, por una parte, por los principios generales del derecho civil y del sistema probatorio (§1) y, por otra, por las reglas de la libre apreciación por parte del juez (§2).

§1. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO CIVIL Y DEL SISTEMA PROBATORIO

En principio, los acuerdos relativos a la prueba son válidos, pero deben respetar ciertas reglas esenciales del derecho civil. Algunos límites proceden de los principios generales del derecho civil y otros han sido establecidos por las reglas propias del sistema probatorio.

En primer lugar, sobre los límites que emanan de las reglas y de los principios del derecho de los contratos, es necesario recordar que estos acuerdos sobre la prueba se rigen por el principio de la libertad contractual. Ciertamente, deben referirse a los derechos sobre los cuales las partes

78 Principalmente en Francia, ya que en Colombia, como se ha establecido, las reglas de prueba se consideran de derecho procesal y en consecuencia de orden público.

tienen libre disposición. Así, en materia de parentesco, por ejemplo, como lo que está en cuestión es precisamente el estado civil de las personas, los acuerdos sobre la prueba serían ilícitos ya sea porque facilitarían la prueba del parentesco que se busca o, por el contrario, porque harían más difícil su determinación.

Los acuerdos relativos a la prueba solo son válidos a condición de ser lícitos, es decir desde que no contravengan el orden público. Las partes son libres de acordar las reglas relativas a la prueba en su contrato desde que se trate de derechos respecto de los cuales tienen libre disposición. No sucede igual con los derechos relacionados con la capacidad de las personas[79].

Según François Terré,

> Puesto que las pruebas, llamadas a garantizar su seguridad y el proceso, que es el lugar neutro de sus diferendos, son asunto de las partes, estas últimas pueden también ajustar, a su buen entender, las reglas elaboradas por el legislador. En Francia, el sistema probatorio no es de orden público, salvo excepciones, particularmente en materia del estado civil de las personas. En ese caso entra en el ámbito de la libertad contractual. Entonces, las partes pueden ya sea adecuar las reglas legales o renunciar a su beneficio[80].

Además, debido a la naturaleza contractual de los acuerdos relativos a la prueba también se colige que, para ser válidos, deberán estar redactados de manera clara e inequívoca. Si las partes quieren, mediante algún acuerdo específico, renunciar a las reglas del artículo 1359 del Código Civil francés, esta renuncia debe ser suficientemente clara e inequívoca[81].

Por lo demás, los acuerdos relativos a la prueba, al igual que todo contrato, se rigen por el principio del efecto relativo de los contratos. De esta manera, las reglas de prueba de origen voluntario en el derecho francés son válidas únicamente para las partes en el acto jurídico, pero no para terceros. En consecuencia, los terceros pueden evitar los efectos del acuerdo sobre la prueba celebrado entre las partes y acudir a procedimientos de

---

79 Depadt-Sebag, óp. cit., p. 15.

80 Terre, óp. cit., p. 398.

81 Nguyen, óp. cit., p. 168.

prueba diferentes cuando se trate de probar el contrato, o también pueden someterse a las reglas de prueba establecidas por el legislador.

En cuanto a los límites de los acuerdos relativos a la prueba establecidos por el sistema probatorio francés, cabe recalcar que los acuerdos sobre la prueba deben referirse exclusivamente a las reglas de la prueba. En consecuencia, los acuerdos que llegaren a establecer una verdadera regla de fondo bajo la apariencia de un acuerdo sobre la prueba están prohibidos. La jurisprudencia ha sido clara al prohibir el establecimiento de reglas de fondo encubiertas[82].

En suma, la voluntad contractual confiere libertad para establecer reglas particulares de prueba del contrato, pero esta libertad no es absoluta. Resulta más que evidente que las partes deben respetar los principios fundamentales del sistema jurídico. De otra parte, esta voluntad también es limitada, en la medida en que no puede intervenir cuando el juez procede a la libre valoración probatoria.

§2. LA LIBRE VALORACIÓN DE PARTE DEL JUEZ

Habida cuenta de que las partes tienen plena libertad para celebrar acuerdos relativos a la prueba, dichos acuerdos pueden referirse a los procedimientos de prueba o a la carga de esta. Sin embargo, esta libertad no se extiende a la fuerza probatoria, la cual está relacionada con el orden público y sujeta a valoración por parte del juez[83].

En su mayoría, la doctrina ha rechazado la validez de los acuerdos relativos a la fuerza probatoria, debido a que tiene un doble objeto y una doble categoría de destinatarios. En lo que se refiere a los destinatarios del acuerdo relativo a la prueba, es decir, a las personas que se ven obligadas por la voluntad de las partes, en primer término están las partes debido al efecto del artículo 1103 del Código Civil francés. Ahora, este acuerdo relativo a la prueba puede también ir dirigido al juez.

---

82 GEORGES VIRASSAMY, Nota sobre Sentencia del 8 de noviembre de 1989, dos fallos: 1.º Société Crédicas vs. Mme. Cassan, 2.º Société Credicas vs. Mme. Kalifaa.

83 JEAN LUC AUBERT, J. L. "Le formalisme (rapport de synthèse)". *Rép. Défrenois*, 2000, p. 933.

En consecuencia, y de conformidad con el artículo 1103 del Código Civil francés, este objeto del acuerdo relativo a la prueba se imponía a las partes, primeros destinatarios, que habían validado anticipadamente el procedimiento exclusivo en caso de litigio. Sin embargo, de nada habría servido esta precaución si su acuerdo se hubiera limitado solamente a esta situación. De ahí que haya un segundo objeto y otro destinatario: el juez[84].

En particular, en el fallo Credicas, la Corte de Casación reconoció la validez del acuerdo relativo a la prueba celebrado entre las partes, así como la posibilidad de estas para imponer convencionalmente al juez el valor probatorio del procedimiento de prueba que escogieron.

Sin embargo, no han faltado las críticas a la validez del acuerdo sobre la fuerza probatoria. Primero, porque privan al juez de su poder de valoración, ya que su papel deja de ser el de verificar la existencia o constatar la ausencia de las condiciones previstas por las partes. Es lícito que las partes acuerden las reglas relativas a la prueba, pero si el acuerdo se le impone al juez, este deja de tener su poder de valoración.

De ahí que para la mayor parte de la doctrina, la validación de un acuerdo relativo a la prueba tiene por objeto o como consecuencia despojar al juez de su papel tradicional, lo que parece inoportuno. "En efecto, equivale a despojar el debate judicial de su contenido y utilidad reales a través de la exclusión de la mirada neutra y moderadora del juez"[85].

Para otros autores, especialmente en la doctrina colombiana, los acuerdos sobre la fuerza no son lícitos y pueden ser sancionados con nulidad porque implican una intervención en la actividad del juez, y la convicción del juez no puede ser objeto de acuerdo entre las partes[86].

Además, el acuerdo sobre la fuerza probatoria niega el principio de libre valoración del juez según el cual este actúa con plena libertad en el momento de valorar las pruebas en el proceso. De manera que la voluntad

---

84 Georges Virassamy, Nota sobre Sentencia del 8 de noviembre de 1989, dos fallos: 1.º Société Crédicas vs. Mme. Cassan, 2.º Société Credicas vs. Mme. Kalifaa, nº. 11.

85 Ibíd.

86 Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial,* Bogotá, Biblioteca Jurídica Dik, 1993, p. 512.

individual solo podrá servir como elemento para construir la convicción del juez, respetando a la vez su libertad[87].

En resumen, el derecho positivo no se opone a los efectos de los acuerdos sobre la prueba en relación con las partes, es decir que el acuerdo es perfectamente válido y aplicable a las partes en el contrato. Sin embargo, es criticable que dicho acuerdo tenga efectos con relación al juez. En otras palabras, la validez de los acuerdos sobre la fuerza probatoria ha sido parcialmente aceptada.

A pesar de esta posición favorable de la doctrina, consideramos que es complicado determinar cuáles son los efectos reales de los acuerdos relativos a la prueba, ya que solo tienen efecto sobre las partes, pero no sobre el juez. Lo anterior significa que si estos acuerdos no tienen efectos con relación al juez, adolecen de fuerza dentro del sistema jurídico, ya que es precisamente en el marco de un proceso judicial en donde el juez tiene el control; es allí en donde se pretende realmente hacer valer este tipo de acuerdos. Y si estos acuerdos no son oponibles al juez, de nada sirve celebrar un acuerdo sobre la prueba si el juez no tendrá que respetarlo.

La única manera de que en el sistema probatorio se reconozca plenamente la validez de los acuerdos relativos a la prueba es reconociéndole a dichos acuerdos plena eficacia no solo con respecto a las partes, sino también en relación con los jueces.

Finalmente, desde todo punto de vista, la libertad contractual gana terreno en materia de formalismo. Primero, porque es objeto de protección de parte del formalismo de fuente legal, el cual crece día tras día en el derecho contemporáneo. En este sentido, es evidente que la protección de la voluntad contractual es la finalidad más visible del formalismo contemporáneo de fuente legal.

De igual manera, como venimos de estudiarlo en este título, esta libertad contractual también juega un papel preponderante en lo que respecta al formalismo de fuente voluntaria. La voluntad contractual se erige entonces en instrumento decisivo, disponible para las partes, para proteger su voluntad contractual.

---

87 Ibíd., p. 517.

Una vez terminado el estudio de la relación entre libertad contractual y formalismo contemporáneo, debemos entrar al corazón mismo del desarrollo del formalismo en el derecho contemporáneo de los contratos, en otras palabras, la búsqueda de la justicia contractual (segunda parte).

SEGUNDA PARTE
FORMALISMO CONTEMPORÁNEO Y JUSTICIA CONTRACTUAL

El propósito del derecho privado de los contratos es hacer que este sea verdaderamente el resultado del pleno ejercicio de la libertad contractual de las partes. "Siendo cada individuo el mejor juez de sus propios intereses, se puede inferir que dichos intereses quedan perfectamente protegidos a través de los compromisos adquiridos voluntariamente"[1].

Las partes, con plena libertad, son los mejores árbitros para velar por la satisfacción de sus intereses suscribiendo contratos que contengan un acuerdo equilibrado y justo, de manera que "el libre juego de las voluntades individuales conduzca a la realización de la justicia"[2].

En este sentido, en el derecho común de los contratos, el ejercicio de la libertad contractual garantiza la consecución de la justicia, razón por la cual se convierte en condición indispensable para llegar a ser ideal, confirmando así la sabiduría contenida en la célebre fórmula de Fouillée: "quien dice contractual dice justo". Sin duda alguna, alcanzar la justicia contractual[3] es uno de los objetivos más importantes del contrato.

Sin embargo, la justicia efectiva entre las partes solo se puede conseguir cuando la calidad de cada una de ellas les permite encontrarse en

---

1 François Terre, Philippe Simler e Yves Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 11.ª ed., Paris, Dalloz, 2013, p. 31.

2 Ibíd.

3 Sobre la noción de justicia contractual: "El vocabulario jurídico publicado bajo la dirección de Gérard Cornu por la Asociación Henri Capitant, si bien define por separado los términos 'contractual' y 'justicia', no menciona la justicia contractual en ninguna de las derivaciones del término justicia. En verdad, aunque la expresión es de uso corriente por parte de los juristas, pocas veces aparece tal cual en los índices de los tratados, manuales y otras obras afines". Loic Cadiet, "Une justice contractuelle, l'autre", en *Le contrat au début du XXIe siècle*, *Etudes offerts à J. Ghestin*, Paris, LJDG, 2001, p. 177. Sin embargo, a partir de la definición de "justicia" que da el *Vocabulario Jurídico Cornu*, se puede deducir que existe una doble noción de justicia contractual. Por una parte, la justicia contractual constituye un ideal contractual, aquello que idealmente es justo, de acuerdo con las exigencias de la equidad y la razón. Por otra parte, la justicia contractual se refiere a lo que es positivamente justo en la relación contractual, aquello a lo que cada cual puede aspirar legítimamente en relación con el contrato; en otras palabras un concepto que hace referencia a los derechos propios de cada uno. Véase la definición de "justicia" en G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 8.ª ed., Paris, PUF, 2008, p. 463.

condiciones de igualdad y equilibrio contractual[4]; es decir, cuando están en igualdad de condiciones y de posiciones contractuales.

En cambio, la desigualdad en las posiciones y condiciones contractuales tienden a llevar a las partes a una situación de presunción de desequilibrio, lo cual representa una amenaza contra el ideal de justicia contractual, que es lo que busca en todo momento el derecho privado de los contratos. Es lo que sucede con los contratos en el derecho del consumo, en los que, por una parte, se está en presencia de un profesional y, de otra, de un consumidor.

El objetivo en materia de derecho del consumo consiste entonces en restablecer este equilibrio, buscando para las partes una posición de igualdad que les permita expresar su voluntad con plena libertad y autonomía.

Cabe señalar que el derecho común del Código Civil, al llegar los tiempos de generalización de la práctica de los contratos de adhesión, redactados previamente y ventajosos para los profesionales, se vio en la imposibilidad de garantizar a los consumidores un mínimo de justicia contractual. La legislación consumista, que se ha desarrollado en Francia y Colombia desde 1972, ha buscado el equilibrio en las relaciones contractuales entre profesionales y consumidores, ya sea en el momento de celebración del contrato, para la determinación de su contenido, o en lo atinente a las modalidades de ejecución[5].

Es de anotar que más que la libertad contractual, lo que verdaderamente preocupa al derecho contemporáneo de los contratos es la necesidad de salvaguardar el equilibrio contractual garantizando así la justicia contractual en la formación de este.

En este contexto, la información siempre ha sido considerada una importante aliada de la protección del consentimiento y, más particularmente, del consumidor, habida cuenta de su condición de debilidad. Para Agathe Lepage, "Desde los inicios del desarrollo del derecho del consumo,

---

4 En el derecho privado de los contratos, la justicia contractual es concebida más bien como principio rector. En efecto, Jacques Ghestin, en su tratado de derecho civil considera la justicia contractual como uno de los "principios rectores" del derecho objetivo de los contratos. JACQUES GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3ª ed., Paris, LGDJ, 1993, p. 182.

5 GILLES PAISANT, "À la recherche du consommateur", *JCP G*, I, 2003, p. 121.

la información ha sido la pieza maestra del dispositivo de protección del consumidor"[6].

El formalismo surge entonces como un instrumento que permite proteger la voluntad de las partes, haciendo que reciban la información necesaria para construir su consentimiento y favorecer así condiciones de igualdad ya que, a primera vista, las posiciones son diferentes y desiguales.

Así entonces, en esta sección estudiaremos el fenómeno del formalismo informativo en el derecho del consumo, que es en donde ha tenido sus mayores desarrollos. Para tal efecto abordaremos primero la noción de formalismo informativo (título I), para examinar luego el alcance del formalismo informativo en el derecho contemporáneo (título II).

6 Agathe Lepage, "Les paradoxes du formalisme informatif", en *Liber Amicorum Jean Calais- Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, p. 597.

TÍTULO I
LA NOCIÓN DE FORMALISMO INFORMATIVO

En términos generales, el formalismo informativo podría definirse como el movimiento del derecho contemporáneo que consiste en imponer, para la formación del contrato, una serie de formas con el fin de informar a los contratantes y celebrar el contrato con conocimiento de causa y sin errores.

Sin embargo, para llegar a una verdadera noción del formalismo informativo es necesario profundizar en las causas que lo provocaron, para así conocer sus razones de ser en el derecho del consumo (capítulo 1), y conocer sus funciones (capítulo 2).

CAPÍTULO I

Razones del formalismo informativo en el derecho del consumo

El derecho del consumo no ha sido solamente el terreno más fértil para el desarrollo del formalismo informativo. También inspiró su nacimiento. De ahí que "el formalismo informativo, resultado de una expansión constante del formalismo protector, sea en gran medida de inspiración consumista"[1].

El aumento de las formas informativas para la formación de los contratos y, en general, el gran movimiento de renacimiento del formalismo en el derecho contemporáneo fueron el resultado de la necesidad del derecho de ajustarse a las nuevas exigencias surgidas en el contexto contemporáneo del derecho de los contratos y, más particularmente, a las necesidades propias del derecho del consumo[2].

Para comprender mejor el fenómeno del formalismo informativo, trataremos entonces de explicar las razones que favorecieron el aumento de las formas informativas en los contratos de consumo. Estudiaremos primero la necesidad de combatir los desequilibrios contractuales, tan frecuentes en el derecho actual, para lo cual analizaremos las razones objetivas de la protección (sección 1), antes de entrar en la necesidad de proteger al consumidor, habida cuenta de su posición de debilidad, lo que implica abordar el estudio del consumidor, sujeto de la protección (sección 2).

---

1 AGATHE LEPAGE, "Les paradoxes du formalisme informatif", en *Liber Amicorum Jean Calais- Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, p. 597.

2 Los orígenes de esta idea, en virtud de la cual el derecho del consumo es principalmente formalista, se sitúan en la época contemporánea. Sin embargo, resulta pertinente mencionar los verdaderos antecedentes del formalismo en el derecho del consumo. Para los glosadores y posglosadores, quienes al retomar el derecho romano redujeron el formalismo instintivo romano, el contrato debía ser consensual cuando había sido celebrado entre comerciantes y gentes conocedores de los negocios. En cambio, en presencia de no profesionales, el formalismo debía ser la regla. Podemos entonces colegir que desde la época de los glosadores y posglosadores (siglos XII y XIII), el derecho comenzó a percibir la diferencia entre el carácter de los profesionales y el de los consumidores, y la necesidad de proteger a estos últimos mediante el formalismo. Según los glosadores y posglosadores, el formalismo se limitaba a las materias en las cuales los contratantes estaban sometidos a riesgos, sin protección, es decir iba dirigido a los no profesionales. Véase ABDELRAHIM ABDALLA FATHY, *Aspects nouveaux du formalisme dans les contrats, étude comparative*, Le Caire, Publications de l'Université du Caire, 1974, p. 139.

SECCIÓN I. RAZONES OBJETIVAS: LA NECESIDAD DE COMBATIR LOS DESEQUILIBRIOS CONTRACTUALES

El derecho de los contratos se ha comprometido seriamente en combatir las situaciones de desequilibro entre las partes durante la celebración de un contrato y buscar el restablecimiento del equilibrio contractual. El objetivo siempre ha sido garantizar a los contratantes la justicia y el equilibrio inherentes al contrato mismo. Con el fin de analizar el trabajo que ha realizado el derecho positivo con el fin de combatir los desequilibrios contractuales, comenzaremos con el estudio de los retos que plantea el derecho del consumo (A), antes de explorar la aparición de los conceptos innovadores (B).

A. DESAFÍOS DEL DERECHO DEL CONSUMO

El objeto de protección del formalismo informativo surgió de los desafíos propios de los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, como también de la dinámica contractual contemporánea. En este sentido, se puede afirmar que los principales desafíos del derecho del consumo son la búsqueda del equilibrio contractual (§1) y la transformación del derecho de los contratos (§2).

§1. BÚSQUEDA DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL

De acuerdo con los postulados liberales del siglo XIX, el contrato libremente formado es necesariamente justo[3] "porque es razonable pensar que un individuo capaz es sensible a sus propios intereses y tiene acerca de ellos un entendimiento suficiente"[4]. A pesar de la lucidez de este análisis, cabe precisar que solo es aplicable en el supuesto en que las partes se

---

3 En concordancia con la doctrina económica liberal, según la cual "los acuerdos mismos, mediante el libre juego de la oferta y la demanda son los que crean lo justo". Véase JACQUES GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3.ª ed., Paris, LGDJ, 1993, nº. 40.

4 JEAN CARBONNIER, *Droit Civil*, *Les obligations*, t. 4, Paris, PUF, 1998, nº. 78.

encuentren en posición de igualdad, es decir en situación de equilibrio, indispensable para que sean libres de establecer su consentimiento con autonomía e independencia.

De hecho, la evolución de la sociedad y la fluidez del mercado actual han revelado las características propias de las nuevas relaciones contractuales, en donde la igualdad no necesariamente se encuentra presente. La desigualdad de los contratantes, la asimetría de las posiciones contractuales con relación al mercado, la desigualdad de su poder económico y las diferencias sobre el conocimiento técnico de cada uno, entre otros elementos, hacen que el contrato se vea amenazado y que su formación no sea ni libre ni equilibrada. De esta manera, algunas veces, "la relación contractual es fruto de la desigualdad entre los contratantes, y se traduce, en el momento de celebrar el contrato y determinar su contenido, en libertad unilateral para el cocontratante que domina"[5].

Cuando se está en presencia de dos contratantes, uno que es profesional y el otro consumidor, la situación de desequilibrio contractual es evidente. El profesional es un especialista, un técnico, un experto en su oficio. En cambio, del otro lado, está un simple consumidor, un lego, alguien que, en relación con el profesional, desconoce casi totalmente la dinámica y el funcionamiento de la actividad profesional de la que quiere beneficiarse. Por eso, en materia de derecho del consumo, estamos ante un ejemplo ideal de desequilibrio contractual.

En consecuencia, habiendo constatado este desequilibrio, cuando se está en presencia de una relación profesional-consumidor para la celebración de un contrato, el derecho del consumo, a la inversa del derecho común, se basa en una presunción de desigualdad.

De ahí que

> más que considerar que la igualdad y la libertad son el terreno sobre el cual se construye el vínculo contractual y que lo protegen con su equilibrio, el derecho del consumo se funda en la supuesta desigualdad que preside las relaciones contractuales entre profesionales y consumidores, en la consecuente

5 Denis Mazeaud, "Droit commun du contrat et droit de la consommation. Nouvelles frontières?", en *Lier Amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, Dalloz 2004, p. 697.

> imposibilidad correlativa, de parte del consumidor, al encontrarse en situación de debilidad, para negociar el contrato, en la libertad exclusiva del profesional para determinar el contenido de este y, por ende, en los desequilibrios contractuales estructurales, potenciales o reales, que nutren el contrato de consumo[6].

Es evidente que la relación profesional-consumidor se caracteriza por la presencia de un contratante dominante y otro dependiente, y que esta relación podría entonces concretarse mediante la determinación unilateral del contrato por quien posee la posición dominante[7], y el consecuente desequilibrio excesivo entre las posiciones contractuales de las partes.

Lo anterior justifica el propósito que tiene el derecho al querer controlar las desigualdades entre los contratantes y restablecer, mediante el empleo de diversas medidas, la justicia contractual, principio superior del derecho de los contratos.

El contrato de consumo es pues una de aquellas situaciones particulares en las que se hace indispensable que el derecho intervenga para restablecer la justicia contractual en la formación del contrato. Esta coyuntura explica el deseo del derecho de controlar la situación de desigualdad presente en los contratos de consumo y, en consecuencia, el empleo de medidas llamadas a restaurar el equilibrio contractual.

En efecto, desde hace un cuarto de siglo, para restaurar el equilibrio contractual, el legislador y la Corte de Casación francesa "reemplazaron los mitos fundacionales de libertad e igualdad contractual por un principio de realidad"[8].

Teniendo plena conciencia de que la desigualdad en la información puede ser causa directa de la formación de vínculos contractuales desequilibrados, generando así el eventual triunfo de la desproporción económica en el contenido del contrato, el legislador y la jurisprudencia fueron im-

---

6 Ibíd., p. 698.

7 "La desigualdad entre los contratantes es la madre de la injusticia contractual y, más concretamente, de los desequilibrios contractuales que deben ser prevenidos y combatidos". Ibíd.

8 Ibíd.

poniendo progresivamente a ciertos contratantes la obligación de informar a la contraparte[9].

Más específicamente, el legislador emprendió la tarea de abordar las diferentes hipótesis según las cuales la desigualdad entre las partes podría causar serios desequilibrios e injusticias contractuales. Partiendo de la realidad, es decir de la presunción de desigualdad, el legislador le impone al profesional la obligación de entregar al consumidor toda la información pertinente a fin de prevenirlo contra posibles abusos de los que podría ser objeto.

El legislador le impone al profesional la obligación de información para corregir "los desequilibrios excesivos entre lo estipulado, la prestación y los poderes que enturbian la esfera contractual con alguna injusticia inadmisible"[10].

Así, esta perspectiva consumista nos lleva a constatar la modificación radical del fundamento sobre el cual se había construido tradicionalmente la teoría clásica del derecho de los contratos. De ahí el interés de estudiar la transformación que se ha producido en la materia.

§2. TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO DE LOS CONTRATOS

A diferencia de una teoría fundada en la hipótesis de contratantes iguales y autónomos, el derecho del consumo cambia esta base y establece una estructura mucho más sabia y razonable: partir de la hipótesis de que los contratantes no son iguales. En este orden de ideas, vale la pena ver la manera como el derecho contemporáneo de los contratos ha contribuido al nacimiento de ideologías más realistas que idealistas. En otras palabras "las ideas de libertad y de igualdad contractuales, sobre las cuales, durante cerca de dos siglos, se elaboró y se desarrolló el derecho común de los contratos, le ceden el lugar a una visión mucho más realista y pragmática del vínculo contractual"[11].

---

9 François Terre, Philippe Simler e Yves Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 11.ª ed., Paris, Dalloz, 2013, p. 256.

10 Mazeaud, óp. cit., p. 697.

11 Ibíd.

Sin embargo, cabe precisar que aunque no haya duda de la transformación del derecho de los contratos, dicha evolución emerge como resultado de un cambio progresivo de la visión que caracterizaba tradicionalmente esta área del derecho, y no de una abrupta modificación de la realidad que pretende regular. Lo que verdaderamente ha cambiado en el derecho de los contratos es la filosofía contractual, la mirada que se tiene sobre la relación contractual. De hecho, el ser humano siempre ha sido el mismo, individualista, y ha buscando la posibilidad de sacar provecho de las relaciones y de las circunstancias.

Lo anterior no contradice la idea de que lo que causó efectivamente este cambio de visión del derecho de los contratos fue la aceleración del comercio en el derecho contemporáneo. Un comercio más rápido e impersonal, junto con nuevas relaciones dominadas por la desigualdad, como es el caso de los contratos entre un contratante dominante y otro dependiente en materia del derecho del consumo, todo ello motivó esta reacción del derecho, que llevó a construir un fundamento mucho más realista de la teoría de los contratos, basado en la presunción de desigualdad.

Sin embargo, por fortuna, lo que realmente se transformó fue la visión del contrato. De una visión idealista, propia de los ideales voluntaristas, se pasó a una visión realista y práctica del contrato.

No cabe duda de que el derecho del consumo ha sido un motor que ha generado el cambio en materia del derecho de los contratos. Los nuevos desafíos que preocupan al derecho del consumo fueron las razones que condujeron a la aparición de conceptos innovadores y, en consecuencia, a la fuerte influencia que ha ejercido sobre el derecho común de los contratos.

B. APARICIÓN DE CONCEPTOS INNOVADORES

Frente a estos nuevos retos, el derecho contemporáneo resultó ser el marco apropiado para que surgieran nociones innovadores sobre un derecho de los contratos, diferente y más realista. Abocamos ahora el estudio de la confianza en los contratos en el derecho del consumo (§1) y la noción de proporcionalidad contractual (§2).

§1. LA CONFIANZA EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO

El espíritu que anima el derecho del consumo se caracteriza por la lucha permanente contra los desequilibrios contractuales y la desigualdad entre los contratantes, que hacen peligrar la justicia esencial de los contratos.

A fin de proteger la voluntad de las partes y el equilibrio contractual, el formalismo informativo en el derecho del consumo ha sido una de las reacciones del derecho de los contratos ante los nuevos desafíos del derecho del consumo.

Ahora, este movimiento protector también obedeció al desarrollo tanto de nuevos conceptos como de principios del derecho de los contratos contemporáneo. En la enunciación de los principios que alimentaron el movimiento de aumento de las formas informativas en el derecho del consumo, buena parte se concentra en el terreno de la moral, ya que es imposible negar que actualmente el derecho de los contratos en Francia "se ha visto invadido por la moral"[12].

Para reforzar los principios de libertad y de igualdad heredados de la modernidad, en el derecho contemporáneo de los contratos surgen nuevos principios que buscan proteger, entre otros, la justicia contractual a través del principio de confianza y de prevención.

Frente al dinamismo y a la rapidez, propios de los contratos contemporáneos, en el derecho del consumo la confianza surge como necesidad evidente. En efecto, la falta de información genera desconfianza por parte de los contratantes. De la misma manera, la información engañosa o incompleta provoca el escepticismo de las partes con relación al contrato. Un momento de falta de atención o la falta de información ponen en riesgo la posibilidad, para los contratantes, de conocer el verdadero contenido del acuerdo. En consecuencia, la justicia contractual peligra[13].

En este sentido, la información emerge como condición indispensable para "estabilizar detrimentos en contra de los consumidores y generar

---

12 Jean BEAUCHARD, "Les principes européens du droit de la consommation" en *Liber Amicorum Jean Calais- Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, p. 55.

13 NORBERT REICH, "Droit et confiance", *Revue du Marché commun et de l'Union Européenne*, n.º 423, 1998, p. 671.

confianza en los contratos"[14]. El formalismo informativo concuerda con el principio de confianza en el contrato, ya que la obligación de incluir información completa y transparente, esencial para el contrato, inspira confianza y credibilidad en los contratantes.

En otras palabras, "mediante un dispositivo que en la actualidad ya es considerado como clásico, a saber el formalismo informativo, el legislador ha reforzado la obligación de información para generar confianza de parte del consumidor, y así animarlo a celebrar contratos"[15].

Por lo demás, para generar confianza en los contratos de consumo, el deber de coherencia en la formación del contrato permite robustecer el número y el alcance de los principios que sirven de fundamento moral al movimiento de invasión formalista en el derecho contemporáneo.

Ciertamente, esta exigencia de coherencia mengua el alcance de la libertad contractual en el momento de determinar el contenido del contrato. La libertad contractual no puede afectar el núcleo del contrato; es decir, las obligaciones fundamentales que genera natural o artificialmente[16].

De otra parte, el movimiento formalista contemporáneo es el resultado de la toma de conciencia de la necesidad de proteger a los contratantes de manera preventiva. En materia de consumo, predomina la tendencia a la prevención[17]. Por eso, la prevención "surge como elemento particularmente necesario en materia de consumo: lo inoportuno que resultaría cuestionar el acto y la duda del consumidor ante la posibilidad de recurrir a la justicia son suficientes razones para no contentarse con una protección *a posteriori*

---

14 Ibíd.

15 Natacha Sauphanor-Brouillaud, "La confiance dans les contrats de la consommation", en *La confiance en droit privé des contrats*, Paris, Dalloz, 2008, p. 53.

16 Es así como, con la intención de que primara la coherencia contractual en el contrato, la Corte de Casación francesa, en su famoso fallo Chronopost, consideró no escrita la cláusula limitativa de responsabilidad, en nombre de la causa. L. Leveneur, Observación sobre Sentencia del 22 de octubre de 1996, contrats, conc., consom. febrero de 1997, no. 24. Denis Mazeaud, "Loyauté, solidarité, fraternité: La nouvelle devise contractuelle?", en *L'avenir du droit, Mélanges F. Terré*, Paris, Dalloz - puf, 1999, p. 616.

17 Sobre el formalismo de prevención en el derecho de los contratos, véase "Sección 2. Prevención: el formalismo preventivo en el derecho de los contratos".

del consentimiento. De ahí, la necesidad de diferenciarse del derecho de las obligaciones"[18].

De igual manera, con el desarrollo del derecho del consumo y la necesidad de reequilibrar las posiciones contractuales de las partes, surge el nuevo concepto de proporcionalidad contractual.

§2. LA PROPORCIONALIDAD CONTRACTUAL

La exigencia de proporcionalidad es un concepto aún embrionario en la teoría general de los contratos; surgió en el marco de los derechos especiales[19] y el derecho del consumo fue uno de los campos de desarrollo de este principio.

En el derecho privado, el principio de proporcionalidad surge de la inadmisibilidad generalizada del desequilibrio contractual. "El rechazo de la desproporcionalidad procede de la exigencia de lealtad" [20] y se deriva también del desarrollo del principio de la buena fe.

La exigencia de proporcionalidad se aplica tanto a la formación del contrato, en tanto que expresión de la necesidad de celebrar un contrato equilibrado y justo como instrumento de medida, como a su ejecución, en tanto que instrumento de corrección y de control de las hipótesis de desequilibrio en la realización del contrato[21].

En consecuencia, el principio de proporcionalidad es una exigencia que, en armonía con los requerimientos de equilibrio e igualdad en las relaciones contractuales, se manifiesta, entre otras cosas, a través de la imposición de obligaciones de información, en particular en las relaciones entre profesionales y no profesionales, concretamente mediante la exigencia de formas para el establecimiento del contenido del contrato. Igualmente

---

18 LEPAGE, óp. cit., p. 598.

19 "El principio apareció en Alemania en donde tuvo un desarrollo *espectacular*". SOPHIE LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, tesis, LGDJ, 2000, p. 15.

20 MAZEAUD, óp. cit., p. 613.

21 LE GAC-PECH, óp. cit., p. 37.

como mecanismo para controlar garantías excesivas en la celebración de contratos, como, por ejemplo, de crédito de consumo[22].

Más precisamente, el principio de proporcionalidad surge como uno de los conceptos inspiradores de la tendencia contemporánea de control sobre el contenido contractual. Dicha tendencia se materializa, entre otras cosas, mediante el movimiento formalista en materia de contratos de consumo.

Con las anteriores explicaciones tratamos de ilustrar las razones y los motivos que condujeron a la aparición del formalismo informativo en el derecho del consumo. La necesidad de proteger el equilibrio y la igualdad contractual en el derecho contemporáneo constituye una de las finalidades del derecho privado, lo que coloca a la justicia, la igualdad y el equilibrio contractual entre los objetivos de protección más importantes del derecho privado de los contratos.

En otras palabras, la búsqueda de este estado ideal de las relaciones contractuales, el equilibrio contractual (y la justicia contractual), constituye una de las razones del formalismo informativo en el derecho del consumo, es decir, su razón objetiva.

Después de estudiar las razones objetivas, abordaremos las razones subjetivas que animaron la búsqueda de la justicia contractual a través del formalismo informativo en el derecho del consumo. Pasaremos entonces al análisis de la causa subjetiva, a saber, la necesidad, en el derecho contemporáneo de los contratos, de proteger al consumidor.

SECCIÓN 2. RAZONES SUBJETIVAS: LA NECESIDAD DE PROTEGER AL CONSUMIDOR FRENTE A SU POSICIÓN DE DEBILIDAD

El derecho del consumo tiene como propósito principal equilibrar las relaciones entre profesionales y consumidores. Apareció en Francia en la década del setenta del siglo pasado como nueva rama del derecho, con el

22 Para profundizar en el estudio de las garantías desproporcionadas, véase STÉPHANE PIEDELIEVRE, "Le cautionnement excessif", *Rép. Défrenois*, 1998, p. 849.

fin específico de proteger al consumidor contra los riesgos y peligros del derecho contemporáneo[23].

El derecho del consumo se ha consolidado como un derecho de protección, nacido de la necesidad de proteger al consumidor, lo cual explica su carácter exclusivo: proteger exclusivamente a aquellos que justificaron su creación como rama del derecho, independiente y autónoma.

De esta manera, la aparición del formalismo informativo en el derecho del consumo fue provocada, entre otras cosas, por razones de carácter subjetivo: la necesidad de proteger al consumidor, sujeto principal del derecho del consumo.

En efecto, los sujetos del derecho del consumo son, por una parte, los consumidores y, por otra, los profesionales. Vamos entonces a estudiar la inclusión del consumidor como destinatario exclusivo de la protección asegurada por el formalismo informativo (A), para ver luego la otra cara de la moneda, es decir la exclusión del profesional (B).

A. INCLUSIÓN DEL CONSUMIDOR

Las razones subjetivas para proteger al consumidor mediante el formalismo informativo radican en la necesidad de apoyarlo debido a su situación de debilidad. Para comprender la inclusión del consumidor como destinatario principal de la protección, es necesario revisar los fundamentos de la protección del consumidor (§1) e identificar las causas de su debilidad (§2).

§1. FUNDAMENTOS DE LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

El artículo preliminar del Código del Consumo francés, extraído de la Ley del 17 de marzo de 2014, establece que se considera "como consumidor, a toda persona natural que actúe con fines que no entran en el marco de su actividad comercial, industrial, artesanal, liberal o agrícola".

En realidad, el término "consumidor" no tiene ningún contenido jurídico, sino más bien económico. Las palabras "consumo" y "consumidor"

---

23 HELÈNE DAVO, "Formalisme bancaire et protection du consommateur", en *Liber Amicorum Jean Calais- Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, p. 329.

vinieron de la ciencia económica[24] y luego fueron adoptadas por el lenguaje jurídico[25].

Gérard Cornu define al consumidor como "el que es protegido por el derecho del consumo (porque es lego) [...]. Cualquier adquirente no profesional de bienes de consumo, destinados a su uso personal [...]. Todo prestatario no profesional de servicios prestados por profesionales (seguros, publicidad, viajes, asesorías)"[26]. En términos concretos, se puede definir al consumidor como "la persona natural que adquiere o utiliza un bien o servicio para un uso no profesional"[27].

Partiendo de la anterior definición, vemos que la razón por la cual el consumidor debe ser objeto de protección y centro de atención en el marco del derecho del consumo es la situación de hecho en la que se encuentra, debido al desequilibrio entre la posición del consumidor y la del profesional[28]. Esto nos lleva a reconsiderar los fundamentos del derecho del consumo.

El consumidor, en sus relaciones con el profesional, se encuentra en una situación evidente y natural de debilidad. Es un agente del mercado (el último eslabón de la cadena) que, por sus necesidades personales, se ve en la necesidad de adquirir bienes y servicios al profesional. El consumidor no conoce las reglas particulares del oficio específico y profesional al que recurre.

En cambio, la otra parte en el contrato, el profesional, es un especialista, un técnico que, en razón de la relación cercana que sostiene con el oficio en cuestión, podría beneficiarse en detrimento del consumidor.

---

24 Para la ciencia económica, "el consumo constituye el último estadio del proceso económico. Se diferencia de la producción y de la distribución que, al situarse en etapas anteriores, consisten en reunir, transformar y repartir la riqueza". Jean Calais-Auloy y Frank Steinmetz, *Droit de la consommation*, 8.ª ed., Paris, Dalloz, 2010, p. 7.

25 Ibíd., p. 6.

26 Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, 8.ª ed., Paris, puf, 2008. Véase "Consumidor".

27 Definición que "retoma la que había sido propuesta por la comisión de revisión del derecho del consumo (*Propositions pour un Code de la consommation*, La documentation française 1990, artículo 3)". Calais-Auloy y Steinmetz, óp. cit., p. 7.

28 Yves Picod y Helène Davo, *Droit de la consommation,* Paris, Dalloz, 2005, p. 3.

Es aquí en donde el derecho del consumo entra en el panorama consumista. El derecho siempre ha tenido como finalidad la protección de los débiles y el restablecimiento del equilibrio de las posiciones en la sociedad.

En este sentido, el derecho del consumo se justifica principalmente por la necesidad de proteger al consumidor en razón de su posición de debilidad frente al profesional. "La vida en sociedad no sería posible si algunas personas fueran permanentemente víctimas de abusos de poder. Al proteger a los débiles, la ley tiende a organizar una sociedad pacífica"[29].

Así, el formalismo informativo es un instrumento del derecho del consumo, concebido en favor de los consumidores. Ciertamente, el aumento de las formas en el derecho del consumo se explica por el deseo del derecho de proteger al consumidor de los abusos de los que podría ser víctima. Por eso, para reconocer más precisamente las razones de esta multiplicación de formas en materia del derecho del consumo, resulta pertinente identificar las causas de la debilidad del consumidor.

§2. IDENTIFICACIÓN DE LAS CAUSAS DE DEBILIDAD DEL CONSUMIDOR

Existen diferentes circunstancias que hacen que el consumidor se encuentre en situación de debilidad. Para identificarlas, es necesario distinguir dos tipos de causas. Por un lado, hay causas internas, caracterizadas por la situación personal, inherente a la parte misma, y por otra, causas externas o relativas, determinadas por la posición particular de la parte, en el contrato en cuestión[30].

Las causas internas de debilidad surgen cuando una de las partes adolece de falta importante de información o conocimiento. Puede tratarse de ignorancia con respecto a los elementos de derecho o de hecho, lo cual se manifiesta a través de una "asimetría informativa"[31].

---

29 Calais-Auloy y Steinmetz, óp. cit., p. 22.

30 Hervé Jacquemin, *Le formalisme contractuel: mécanisme de protection de la partie faible*, Paris, Larcier, 2010, p. 62.

31 Ibíd., p. 67.

La asimetría informativa se caracteriza porque existe, entre las partes, una "desigualdad en el conocimiento"[32]. En los contratos de consumo, esta situación de asimetría informativa "procede generalmente de una falta de conocimiento, cuando la relación contractual pone en presencia a dos partes, una que actúa con fines profesionales, y otra (esencialmente) con fines privados"[33].

En los contratos de consumo se suele estar en presencia de un consumidor y de un profesional. Por una parte, el profesional adquiere un compromiso, por razones profesionales, es decir en el marco del ejercicio de su oficio, lo cual lo sitúa en posición de ventaja ya que se trata de un experto que conoce perfectamente las especificidades del servicio o del bien que ofrece[34]. En cambio, el consumidor se compromete por motivos personales y, por consiguiente, no dispone de información suficiente a propósito del objeto del contrato.

Es de anotar que tanto el profesional como el consumidor actúan con fines específicos y diferentes: el primero con fines profesionales y el segundo por motivos personales. Esta circunstancia lleva a que las partes se encuentren en situación de "desigualdad de conocimientos" o de "asimetría informativa".

Por su parte, las causas externas o relativas están determinadas por la posición que ocupa cada una de las partes en el contrato y que se caracterizan por la presencia de una parte más fuerte y otra vulnerable[35]. De manera que, frente al profesional, el consumidor se encuentra en posición de vulnerabilidad, ya que su falta de conocimiento y su posición particular[36] lo ponen en situación desventajosa en el momento de celebrar un contrato.

---

32 Jean Luc Aubert, "Les relations entre bailleurs et locataires en droit français", en *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges,* dir. J. Ghestin y M. Fontaine, Paris, LGDJ, 1996, p. 165.

33 Jacquemin, óp. cit., p. 66.

34 A propósito de los criterios para determinar la calidad de consumidor, especialmente en relación con el criterio de relación directa, véase la jurisprudencia amplia y constante de la Corte de Casación francesa: Francia, Corte de Casación, Cas. 1ª Civ., Sentencia del 8 de julio de 2003, *JCP G*, 2004.II.10107.

35 Jacquemin, óp. cit., p. 70.

36 Por ejemplo "un consumidor que suscribe un contrato de crédito de consumo puede encontrarse en una situación financiera tal que esté dispuesto a firmar cualquier tipo

Podemos entonces afirmar que la "asimetría informativa" es causa interna de debilidad del consumidor, y esta última, a su vez, se constituye en causa subjetiva del aumento de las formas en el derecho de los contratos y, más específicamente, del formalismo informativo en el derecho del consumo. Se concluye entonces que la asimetría informativa es una razón subjetiva del formalismo informativo.

En este sentido, frente a las dificultades que ponen al consumidor en situación de debilidad, "la transmisión de información diversa sobre elementos de hecho o de derecho relativos a la relación contractual, permite, en efecto, reequilibrar la relación contractual subsanando la supuesta falta de conocimiento"[37], y atendiendo así las necesidades derivadas del desequilibrio propio de las posiciones contractuales desiguales.

Pasemos ahora al estudio de las causas subjetivas del formalismo informativo derivadas del papel del profesional y su exclusión de la protección del derecho del consumo.

B. EXCLUSIÓN DEL PROFESIONAL

En principio, las reglas del derecho del consumo protegen exclusivamente al consumidor en razón de su posición de debilidad. Así, el profesional queda en principio excluido de la protección (§1). Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina han abordado de manera diferente algunos temas relativos a una eventual protección del profesional, lo que nos permite hablar de atenuación de la exclusión (§2).

§1. EL RIGOR DE LA EXCLUSIÓN

El derecho del consumo es de quien se presume débil, es decir, el consumidor, frente a quien se presume fuerte, es decir, el profesional[38]. En este

---

de crédito, con el consecuente riesgo de sobreendeudarse". Otro ejemplo de causa relativa de debilidad es la vulnerabilidad de una de las partes, generada por el estado de necesidad. Ibíd., p. 7.

37 Ibíd., p. 65.

38 GILLES PAISANT, "À la recherche du consommateur", *JCP G*, I, 2003, p. 121.

sentido, el consumidor es el sujeto exclusivo protegido por el derecho del consumo, lo cual implica que el profesional, en principio, queda excluido de su campo de aplicación.

El criterio *ratione personae* entra a apoyar al derecho del consumo para delimitar su campo de aplicación. Además, algo que quedó perfectamente establecido por el derecho del consumo, de manera negativa, fueron algunas exclusiones. El Código del Consumo francés, de manera clara, excluye del ámbito de la protección algunos temas: las personas jurídicas, en términos globales, o las operaciones efectuadas a título profesional, según su naturaleza[39].

El Estatuto del Consumidor colombiano[40], en su artículo 5 numeral 3, por el contrario, incluye a las personas jurídicas dentro del concepto del consumidor, previendo que el consumidor o usuario es

> 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.

Así, en principio, el profesional queda excluido del campo de aplicación del derecho del consumo porque, tal como lo explicamos anteriormente, lo que justifica la protección es la situación de desequilibrio que se genera precisamente cuando las partes se encuentran en situación de desigualdad informativa.

Sin embargo, proteger exclusivamente al consumidor genera algunas dificultades puesto que se puede considerar "peligroso darle a los consumidores la impresión de que la ley los protege en cualquier circunstancia, creando así en ellos una mentalidad de asistidos, incluso de incapaces"[41].

Se considera entonces que, habida cuenta de que la justicia y el equilibrio contractual son los propósitos del derecho del consumo, el profesional

---

39 Ibíd.

40 Ley 1480 del 12 de octubre de 2011.

41 Calais-Auloy y Steinmetz, óp. cit., p. 23.

no puede quedar tajantemente excluido del panorama de protección. La protección exclusiva del consumidor podría llegar a ponerlo en una situación de sobreprotección que atenta contra el equilibrio que se busca en materia de relaciones de consumo. La excesiva protección, además de ser peligrosa, puede acarrear un nuevo desequilibrio de la balanza contractual.

Por eso coincidimos con la propuesta de Jean Calais-Auloy y Frank Steinmetz en el sentido de que "para equilibrar las relaciones entre socios económicos, quizás es más importante modificar los comportamientos de los consumidores que multiplicar las reglas jurídicas" de protección[42].

En consecuencia, vale la pena interrogarse sobre el alcance que tiene excluir al profesional de la protección.

§2. ¿UNA EXCLUSIÓN MATIZADA?

Podría suceder que un contrato celebrado entre profesionales resulte desigual cuando uno quiere primar sobre el otro por razones económicas o técnicas[43]. Ahí cabe la pregunta que consiste en saber si un profesional que celebra un contrato con otro, en condiciones de desigualdad, puede invocar la protección prevista en el derecho del consumo.

Tomando en cuenta el tema de la competencia profesional particular, la Corte de Casación francesa decidió, en fallo pronunciado en 1987, que un profesional podía beneficiarse de las reglas de protección del consumidor en caso de cláusulas abusivas. La Primera Sala Civil estimó que el objeto del contrato iba más allá de la esfera de conocimiento del contratante y que, por lo tanto, debía considerarse que se encontraba "en el mismo estado de ignorancia que cualquier otro consumidor"[44].

Posteriormente, en fallo del 24 de enero de 1995, la Corte de Casación francesa empleó, por primera vez, el criterio de "relación directa" para determinar el campo de aplicación del derecho del consumo[45].

---

42 Ibíd.

43 PAISANT, óp. cit., p. 121.

44 J. L. AUBERT, Observación sobre Cas. 1.ª civ, Sentencia del 28 de abril de 1987, *D.* 1987, *somm. comm.* 455.

45 G. PAISANT, Nota sobre Cas. 1.ª civ., Sentencia del 24 de enero de 1995, *D.* 1995, 327.

Ciertamente, con el fin de determinar la calidad del consumidor y su situación de debilidad informativa en su relación con el profesional, la Corte de Casación francesa ha desarrollado una jurisprudencia constante y bastante nutrida con base en dicho concepto.

En Francia, desde 1995 "ningún fallo de la Corte de Casación ha considerado que dicha relación directa haya faltado y que, en consecuencia, un profesional haya podido obtener la supresión de una cláusula abusiva"[46].

De tal suerte que, desde entonces, el criterio de la relación directa utilizado por la Corte de Casación francesa ha sido objeto de numerosas críticas y reproches. Con frecuencia se ha argumentado que el criterio de la relación directa es fuente de confusión, debido a que

> la Corte de Casación, al decidir no definir la relación directa, no aclaró formalmente ninguno de dichos aspectos. Sin embargo, precisó que la valoración de dicha relación debía disociarse del punto de saber si el contrato había sido celebrado por fuera de la esfera habitual de competencia del profesional en causa, quien, de ser así, habría suscrito el contrato en el mismo estado de ignorancia que tendría cualquier otro consumidor[47].

De ahí que se planteara la necesidad de clarificar el tema y de buscar otro criterio.

Sin embargo, los profesionales corren el riesgo de encontrarse ante un contrato que contenga cláusulas inequitativas que puedan conllevar a una injusticia contractual en la medida en que generen, en beneficio del contratante que se encuentra en posición de fuerza, una ventaja sin que haya contraprestación real[48].

Considerando entonces que la desigualdad entre profesionales también es posible, es conveniente buscar, en el derecho positivo, herramientas que permitan contrarrestarla. Cabe señalar, en primera instancia, que la protección de los profesionales contra las cláusulas abusivas se inspira en

---

46 Mazeaud, "Droit commun du contrat et droit de la consommation", óp. cit., p. 708.

47 Paisant, óp. cit., p. 122.

48 Denis Mazeaud, "La protection par le droit commun", en *Les clauses abusives entre professionnels*, dir. Ch. Jamin y D. Mazeaud, Paris, Economica, 1998, p. 34.

el respeto de cierta ética contractual que se traduce en dos conceptos propios del derecho común: exigencia de lealtad y necesidad de un equilibrio contractual mínimo[49].

Los profesionales están amparados por el artículo L442-6 I 2.º del Código de Comercio francés, que establece la prohibición de "someter o tratar de someter a un socio comercial a obligaciones que generen algún desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes".

De otra parte, el artículo 1171 del Código Civil francés, modificado por la Ordenanza del 10 de febrero de 2016, mediante la cual se reformó el derecho de los contratos, establece que "en un contrato de adhesión, toda cláusula que llegare a crear un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes se tendrá por no escrita". El inciso 2 precisa que "la valoración del desequilibrio significativo no se concentrará ni sobre el objeto principal del contrato ni sobre la relación del precio con respecto a la prestación".

Este artículo incorpora en el Código Civil francés la regla general de protección contra las cláusulas abusivas. El texto se inspira en el artículo L. 132-1 del Código de Consumo para proteger a los contratantes, independientemente de su calidad, contra las cláusulas abusivas, a través de medidas que se apoyan exclusivamente en la valoración por parte del juez. La condición sobre la ausencia de negociación de lo estipulado que, en los diferentes proyectos de reforma del derecho de los contratos, marcaba la especificidad del derecho común en relación con el derecho especial ya no aparece.

Habida cuenta de que existe una protección contra las cláusulas abusivas tanto en el Código de Consumo como en el Código de Comercio francés, esta nueva regla se aplica específicamente a dos tipos de contratos: los celebrados entre particulares y aquellos celebrados entre profesionales que no tendrían la calidad de socios comerciales. Así, esta disposición debería poder beneficiar al profesional que hubiere suscrito algún contrato en un campo que no tenga relación directa con su actividad, sin que sea útil conservar dicho criterio. La adopción de dicho texto marca la culminación de

---

49 Ibíd., p. 36.

un proceso que ha permitido actualizar el consenso sobre la necesidad de proteger a cualquier tipo de contratante contra injusticias contractuales[50].

> De manera más pragmática, habrá quienes señalen que, de todas formas, el campo de aplicación de la nueva regla probablemente no será muy amplio. En efecto, no regirá para las cláusulas abusivas incluidas en los contratos de consumo ni para aquellas que hubieren sido establecidas en contratos suscritos entre profesionales, las cuales estarán sometidas a lo estipulado por el Código de Comercio. La regla del Código Civil solo se aplicará a las cláusulas de contratos celebrados entre consumidores que, como es fácil de prever, no son el terreno más propicio para las cláusulas abusivas[51].

Sin embargo, es evidente que el derecho común protege en menor medida a los profesionales, por cuanto la protección de que gozan con respecto a las cláusulas abusivas es ampliamente imperfecta.

> En primer lugar, considero que esta inferioridad proviene de la falta de organización para proteger a los profesionales contra las cláusulas abusivas, que, por lo demás, contrasta con la manera tan estructurada como se protege a los consumidores. De hecho, como lo señaló acertadamente Gérard Couturier: "Se requiere cierto grado de fortaleza para lograr ser reconocido como débil" y los profesionales carecen completamente de ella[52].

Sin embargo, el derecho de la competencia parece ser el que mejor se adapta al objetivo de proteger a los profesionales contra las cláusulas abusivas. "Parece ser el mejor dotado en la medida en que las relaciones entre profesionales, que ofrecen bienes o servicios, constituyen su campo principal de investigación"[53].

---

50 Nathalie Sauphanor, "Clauses abusives", *Dalloz, Actualité*, avril 2015.

51 Denis Mazeaud, "Droit des contrats: réforme à l'horizon", *Recueil Dalloz*, 2014, p. 299.

52 Gérard Couturier, "Les finalités et les sanctions du formalisme", *Defrénois*, n.º 15-16, 2000, p. 885.

53 Laurence Idot, "La protection par le droit de la concurrence", en *Les clauses abusives entre professionnels*, dir. Ch. Jamin y D. Mazeaud, Paris, Economica, 1998, p. 55.

Es precisamente en las relaciones contractuales verticales entre productor-distribuidor en donde se encuentran los mayores riesgos de cláusulas abusivas. En materia del derecho del consumo, contra las cláusulas abusivas entre profesionales existe, para comenzar, una protección llamada "indirecta". La encontramos cuando hay coincidencia entre el carácter abusivo y el carácter anticompetitivo de la cláusula. En otras palabras, para invocar la protección "indirecta" de los profesionales contra las cláusulas abusivas se requiere que la cláusula abusiva responda a la calificación de práctica anticompetitiva[54].

Surge entonces la pregunta que consiste en saber si se requiere necesariamente que haya una práctica anticompetitiva para que el profesional quede amparado contra una cláusula abusiva. En este sentido, ¿existe, en el derecho de la competencia, protección "directa" de los profesionales contra cláusulas abusivas?

Para comenzar, se podría tratar de responder a esta pregunta analizando el nuevo artículo 442-6, I, 2.º del Código de Comercio francés, surgido de la Ley de Modernización de la Economía 2008-776 del 4 de agosto de 2008, conocida como Ley LME.

En efecto, la LME introdujo en Francia una aproximación entre el derecho de la competencia y el del consumo al incorporar una nueva práctica restrictiva que consiste en "someter o intentar someter a un socio comercial a obligaciones que generen un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes". Así, el legislador francés se inspiró en la noción de desequilibrio significativo contenida en el Código del Consumo[55].

Para ahondar en la noción de "desequilibrio significativo" consagrada en la LME, se pensaría, en primera instancia, en ir a buscar en el derecho del consumo, el cual, "a través de la noción de 'cláusula abusiva' ya tiene años de experiencia acerca de lo que es el desequilibrio significativo"[56].

Sin embargo, antes de realizar una aproximación entre el derecho de la competencia y el del consumo, conviene hacer un análisis detallado,

---

54 Ibíd., p. 58.

55 Ver el artículo L212-1, que contiene la definición de cláusula abusiva.

56 MARTINE BEHAR-TOUCHAIS, "La sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels", *Revue des Contrats*, n.º 1, 2009, p. 202.

ya que no es difícil observar diferencias en la reglamentación relativa a la protección en cada una de estas materias[57] y, más aún, cierta originalidad en el nuevo artículo, con relación a su "equivalente" consumista[58].

Al respecto, se observa que el desequilibrio contractual no es tema exclusivo del derecho del consumo. En efecto, el profesional también puede encontrarse en una situación de desigualdad informativa o contractual y, como consecuencia, quedar amparado por el derecho contractual contemporáneo.

Estudiemos ahora ya no las razones del formalismo informativo, sino más bien sus funciones en el derecho del consumo.

---

57 Robert Saint-Esteben, "L'introduction par la loi LME d'une protection des professionnels à l'égard des clauses abusives: un faux ami du droit de la consommation", *Revue des Contrats*, n.º 3, 2009, p. 1275 y ss.; Behar-Touchais, óp. cit., p. 203.

58 Ibíd.

CAPÍTULO 2

Funciones del formalismo informativo en el derecho del consumo

El formalismo informativo es uno de los instrumentos del derecho que busca proteger el consentimiento de los consumidores. La protección al consumidor es una gran idea actual que se ha traducido en normas concretas que buscan resguardarlo de "los riesgos que corre debido a los métodos modernos de comercialización"[1].

Resulta entonces interesante estudiar las consecuencias jurídicas de la aplicación de las reglas de formalismo informativo en el derecho del consumo, para saber cuáles son sus funciones. Comenzaremos con el estudio de la información y de la protección del consentimiento del consumidor por parte del formalismo informativo (sección 1), para pasar luego a la prevención como función del formalismo en el derecho contemporáneo de los contratos (sección 2).

SECCIÓN 1. INFORMACIÓN: LA PROTECCIÓN DEL CONSENTIMIENTO DEL CONSUMIDOR POR PARTE DEL FORMALISMO INFORMATIVO

Con el fin de proteger el consentimiento del consumidor se han concebido elementos concretos que buscan una igualdad forzada entre los cocontratantes en las relaciones con los consumidores.

Estudiaremos dos elementos decisivos en la consecución material de protección al consumidor: la información, como pieza maestra del formalismo informativo (A), y el desarrollo de la obligación general de información (B).

A. LA INFORMACIÓN, PIEZA MAESTRA DEL FORMALISMO INFORMATIVO

La intervención del derecho en materia de derecho de los contratos de consumo se hace evidente a través de la imposición de obligaciones particulares de información a cargo del profesional respecto de los elementos y caracteres esenciales del contrato. Se considera que la información es la

---

1 PATRICK SERLOOTEN, "Les orientations nouvelles de la protection des consommateurs en droit privé français", *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse,* n.º 27, 1979, p. 135.

piedra angular del derecho del consumo, y este último es el terreno más fértil para el formalismo informativo[2].

Por lo tanto, es necesario saber cuáles son las condiciones de la información, así como su alcance (§1), y estudiar además la función que consiste en garantizar la perennidad de la información (§2).

§1. LA INFORMACIÓN EN EL DERECHO DEL CONSUMO

Frente a los nuevos retos del comercio actual, el derecho optó por intervenir puntualmente introduciendo reformas y textos específicos con el fin de garantizar la protección eficaz del consumidor[3].

Es necesario garantizar su libertad contractual: debe ser libre y capaz de decidir si va a firmar o no un contrato, así como de determinar libremente el contenido de estos. En otras palabras, se hace indispensable que, de contratar, lo haga con pleno conocimiento de causa.

La mayoría de las formas del derecho contemporáneo tienen un elemento en común: la protección del consentimiento de las partes en el contrato. Dentro del gran grupo de formas de protección, encontramos varios tipos cuya función específica es la de garantizar la protección de la voluntad de las partes. Una de ellas es la función informativa, repartida bajo diferentes modalidades, todas ellas denominadas informativas.

Por esa razón, para fines del estudio del formalismo en el derecho contemporáneo de los contratos, son numerosos los autores que no dudan en darle al formalismo informativo el estatus de piedra angular. En primer lugar, su finalidad consiste en aportarle al interesado información importante acerca del contrato, como también "atraer la atención de dicho contratante respecto de la importancia del contrato o de algunos de sus aspectos, y que dichos puntos queden establecidos, sin equívocos"[4].

---

2 Paul Brasseur, "Le formalisme dans la formation des contrats, Approches de droit comparé", en *Le processus de formation du contrat, Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant - LGDJ, 2002, p. 661.

3 Serlooten, óp. cit., p. 136.

4 Gérard Couturier, "Les finalités et les sanctions du formalisme", *Defrénois*, n.º 15-16, 2000, p. 882.

Así, en la categoría denominada por la doctrina "formalismo protector", encontramos esta subcategoría, compuesta por formas de información. En otras palabras, el formalismo informativo es una de las variedades del formalismo de protección[5].

De esta manera, la información que se le proporcionará al consumidor le permitirá ejercer la autonomía de la voluntad puesto que para ello se requiere que los contratantes conozcan la totalidad de las disposiciones contractuales y la verdad acerca del contenido del contrato. De ahí que se requiera que la información sea veraz y completa[6].

Diferentes disposiciones del derecho francés imponen la obligación de informar verazmente acerca del contrato. Una de las primeras medidas adoptadas por el derecho con miras a proteger la voluntad del consumidor fue la prohibición de suministrar información falsa. Esta obligación ya existía desde antes de que naciera el derecho del consumo. La ley del 1.º de agosto de 1905 sobre fraudes ya imponía la obligación de no engañar al consumidor. Pero fue la ley Royer del 27 de diciembre de 1973 la "que constituye hoy día el texto esencial en la materia"[7].

La legislación no solamente toma en cuenta la prohibición de fraudes y mentiras. Va más allá y establece también la obligación de suministrar información sincera. Así, el artículo L330-3 del Código de Comercio establece que la información suministrada al franquiciado le deberá permitir comprometerse con conocimiento de causa y recibir información sincera. Como la sinceridad supone exactitud en lo que se comunica, la Corte de Casación francesa[8] pudo "sancionar a un franquiciador por haberle suministrado al candidato franquiciado un estudio de mercado de mala calidad cuyas previsiones no se realizaron"[9].

---

5 Sobre el "*quid* del formalismo de información o de protección". Hervé Jacquemin, *Le formalisme contractuel, Mécanisme de protection de la partie faible*, Paris, Larcier, 2010, p. 282.

6 Serlooten, óp. cit., p. 140.

7 Ibíd.

8 Ch. Jamin, Observación sobre Sentencia del 30 de enero de 1996, *JCP G*, 1996, I, 3929.

9 Véronique Magnier, "Les sanctions du formalisme informatif", *JCP*, I.106, 2004, p. 178.

Además, es necesario que la información sea completa. Por lo tanto, el consumidor deberá conocer la información precisa sobre el objeto y las condiciones generales del contrato[10]. La exigencia de incluir algunas menciones imperativas tan solo significa para los profesionales incluir tanta información como les sea posible.

Por ejemplo, en lo que respecta al consumidor financiero, el artículo L312-1-1 del Código Monetario y Financiero francés, sobre el contrato de cuenta de depósito, impone la obligación de incluir en el contrato escrito "las principales estipulaciones [...], en particular las condiciones generales y tarifarias de apertura, funcionamiento y cierre".

Por lo demás, otro de los efectos del formalismo informativo del derecho del consumo es lograr preservar la integridad de la información del contrato.

§2. PRESERVACIÓN DE LA INTEGRIDAD DE LA INFORMACIÓN

La particularidad del formalismo es que, además de exigir que se cumpla la obligación de información, implica que dicha información quede consignada en un medio duradero y "perenne". De ahí que, por ejemplo, la información que debe ser mencionada obligatoriamente, además de informar al cocontratante acerca del contenido del contrato y reforzar su consentimiento, deberá aparecer en un medio, la mayoría de las veces material y escrito, en donde constará la información y que estará protegido de los riesgos de pérdida o falta.

Las formas informativas del derecho del consumo le confieren estabilidad y durabilidad a la información[11]. Así, al consignar la información en un soporte duradero se impide cualquier modificación o alteración

---

10 Como respuesta a la obligación de suministrar información completa acerca del objeto del contrato "existen tres medidas relacionadas con el etiquetado, la calificación de los productos y la obligación de información a cargo del cocontratante". SERLOOTEN, óp. cit. p. 141.

11 MARCEL FONTAINE, "La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles", en *La preuve, Actes du Colloque organisé les 12 et 13 mars 1987 à l'UCL*, pp. 8-9.

posterior, lo cual representa principalmente una medida de protección de la prueba de los contratantes[12].

Además, el formalismo informativo del derecho del consumo, al proteger la voluntad del consumidor, tiene también un efecto preventivo. Suministrar al consumidor la información pertinente para fines del contrato garantiza el ejercicio de su libertad contractual y, en consecuencia, lo previene contra riesgos de errores y abusos en la celebración del contrato. De manera que el formalismo informativo se convierte en "una técnica perfeccionada de prevención"[13].

B. DESARROLLO DE LA OBLIGACIÓN GENERAL DE INFORMACIÓN

El desarrollo de la obligación de información está ligado a la complejidad de las relaciones contractuales contemporáneas, al dinamismo en el proceso contractual y a las características que le son propias a las partes en los contratos actuales. De ahí que resulte pertinente estudiar la noción de obligación de información (§1) y definir el alcance y los límites de dicha obligación (§2).

§1. LA NOCIÓN DE OBLIGACIÓN GENERAL DE INFORMACIÓN

La información, como instrumento que garantiza un consentimiento informado e ilustrado por parte del consumidor, al igual que la utilidad que tiene en el derecho contemporáneo, favoreció el desarrollo de la obligación general de información.

Cabe mencionar que en el presente trabajo no entraremos en detalles acerca de la obligación general de información ya que no constituye una forma, como tal, para el consentimiento[14]. Sin embargo, en la medida en

---

12 JACQUEMIN, óp. cit., p. 126.

13 MAGNIER, óp. cit., p. 178.

14 Para mayor información, véase MURIEL FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, tesis, LGDJ, 1992; J. F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 859.

que el formalismo informativo implica que se cumpla con la obligación de información y considerando que tanto el formalismo informativo como la obligación general de información tienen como propósito común la protección del consentimiento, dedicaremos unas líneas al deber general de informar, particularmente en aras de identificar el vínculo entre la obligación general de información y las formas informativas, lo cual explica que nos limitemos a tratar las obligaciones de información que, para su exteriorización, implican que se cumplan las formas informativas.

En el derecho francés la obligación general de información ha sido considerada un descubrimiento de la jurisprudencia[15]. Esta obligación de informar vino a reemplazar la máxima de derecho común según la cual "salvo obligación legal precisa, nadie está en la obligación de informar a su cocontratante". Al "tomar conciencia de que tanto la desigualdad en la información como la desigualdad económica pueden afectar el equilibrio del contrato, y ante la idea de que es mejor prevenir que curar, la jurisprudencia fue imponiéndole progresivamente a ciertos contratantes la obligación de informar a su contraparte"[16].

El deber de información consiste en informar, advertir o hacerle saber al cocontratante circunstancias, calidades y situaciones particulares que afecten el objeto, el contenido o los efectos del contrato, para permitir que la decisión de contratar sea tomada en condiciones que permitan satisfacer los intereses de las partes[17].

Frente a la necesidad de proteger el consentimiento en las relaciones desequilibradas, muy frecuentes en el derecho actual, la obligación de

---

15 A pesar del reciente desarrollo de la obligación general de información en el derecho del consumo, no se puede olvidar que la obligación de información es una materia muy antigua y debatida desde las épocas griega y romana en el derecho de los contratos. Véase Catalina Salgado Ramírez, "Consideraciones sobre el deber precontractual de información y su particularidad en la relación de consumo", en *Perspectivas del derecho del consumo,* dir. C. L. Valderrama, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 305.

16 François Terre, Philippe Simler e Yves Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 11.ª ed., Paris, Dalloz, 2013, n°. 256.

17 Carlos Alberto Chinchilla Imbett, "El deber de información contractual y sus límites", *Revista Derecho Privado*, n.° 21, 2011, pp. 329-330.

información viene a reforzar los instrumentos clásicos de protección de la voluntad, tales como la sanción de los vicios de consentimiento o el control de las cláusulas abusivas, entre otros.

El deber general de información encuentra su fundamento e inspiración en el principio de la buena fe que, como regla de comportamiento, se extiende a la totalidad del campo contractual, transformándose así en la columna vertebral del contrato[18]. En efecto, la obligación de información se apoyó en el artículo 1134 inciso 3 del Código Civil francés que establece que los contratos deberán ser ejecutados de buena fe[19].

La doctrina y la jurisprudencia colombiana y latinoamericana coinciden al reconocer que la noción de buena fe es el fundamento del deber precontractual de información. Como norma de comportamiento, la buena fe se proyecta a lo largo del recorrido contractual e implica la obligación, para las partes, de adaptar su comportamiento a las exigencias derivadas de los principios de lealtad, honestidad e integridad, indispensables en las relaciones contractuales[20].

También es necesario mencionar las razones principales del desarrollo de la obligación general de información. El deber de información se justifica, por una parte, por la necesidad de reequilibrar la asimetría[21] informativa de las partes en el contrato. Esta asimetría es muy evidente cuando el contrato es celebrado entre un profesional y un consumidor. En ese caso, no cabe duda del desequilibrio entre las partes en cuanto al conocimiento y la comprensión de la información relacionada con el contrato[22].

---

18 Martha Lucía Neme Villareal, "El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano", *Revista de Derecho Privado*, n.º 11, 2006.

19 Hoy el artículo 1104 del Código Civil francés, con las modificaciones de la Ordenanza del 10 febrero de 2016, establece que los contratos deben ser negociados, formados y ejecutados de buena fe.

20 Neme Villareal, óp. cit., p. 85.

21 Vincenzo Roppo, "Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho contractual europeo", *Revista de Derecho Privado,* n.º 20, 2011, pp. 177-223.

22 En el derecho colombiano, en los casos de contratos celebrados entre profesionales y consumidores existe una presunción de ignorancia legítima. Se presume que el consumidor se encuentra en situación de desinformación debido a su propia condición.

Por otra parte, la obligación de información surge de la necesidad de reforzar el consentimiento de las partes en la medida en que deben conocer la operación contractual que se va a realizar, así como el contenido de las obligaciones incluidas en el contrato. La información clara, oportuna y transparente brindada al contratante tiene como efecto determinar la voluntad de celebrar o no el contrato y, en caso de celebrarlo, hacerlo en condiciones favorables para las partes[23]. De esta manera, la obligación de información constituye garantía para que haya autonomía de la voluntad y favorece la igualdad entre los contratantes y el equilibro con miras a lograr la justicia contractual.

Surge entonces la pregunta que consiste en saber si la obligación de información es un deber que se debe cumplir durante la etapa precontractual, la celebración o la ejecución del contrato[24]. La respuesta es que, fundamentalmente, las obligaciones que buscan proteger el consentimiento de las partes se cumplen en el estadio precontractual y contractual de la formación del contrato[25].

En consecuencia, el deber de informar, en estos tiempos de la información, es una labor de gran envergadura. De deber social pasó a ser un deber jurídico. Por ejemplo, anteriormente, en un contrato de compraventa, el vendedor debía sencillamente darle al comprador la información relativa a los vicios ocultos de la cosa. Por el contrario, en la actualidad, el

---

De ahí que la obligación de información, que recae en el profesional, deberá ser rigurosamente respetada. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Fallo del 12 de enero de 2007, Exp. 0145, M.P. C. J. Valencia Copete.

23 Chinchilla Imbett, óp. cit., p. 331.

24 Esto con el fin de identificar cuáles son las obligaciones de información que implican que se cumplan las formas informativas. Determinar si se sitúan en el estadio precontractual, en el de formación del contrato o en el de ejecución de este no es tarea fácil. En este caso particular, algunos autores han propuesto criterios cronológicos y funcionales. Al respecto, véase Fabre-Magnan, óp. cit., p. 225.

25 "En la práctica, la frontera entre estas diferentes nociones, particularmente entre las obligaciones precontractuales y contractuales de información, tiende a desvanecerse. De hecho, si bien el objeto sigue siendo el mismo, ciertas obligaciones pueden nacer antes de la celebración del contrato y permanecer después de dicho acto". Terre, Simler y Lequette, óp. cit., p. 256.

deber de información es más amplio y más intenso[26]. De hecho, implica, en principio, que el vendedor provea toda aquella información privada que pudiere ser de interés para el comprador y que le permita fortalecer su consentimiento[27].

Sin embargo, para cumplirse, la obligación de información debe satisfacer algunas condiciones. Primero que todo, debe tratarse de informaciones pertinentes. En otras palabras, una persona deberá informar a su cocontratante cuando posea alguna información pertinente. "Se entiende por ello aquella información que al ser de conocimiento de la contraparte podría llevarla a modificar su comportamiento, ya sea porque renuncie a su proyecto de celebrar el contrato o porque decida seguir adelante, pero revisando las condiciones"[28]. Además, se requiere que la persona a quien se le deba suministrar la información ignore el hecho, y que dicho desconocimiento sea legítimo[29]. "Se dice que la ignorancia es legítima cuando el deber de informarse, que le incumbe en principio a cada una de las partes, no se cumple debido a circunstancias particulares"[30]. En esta perspectiva, la obligación de información encuentra un campo de aplicación natural en las relaciones entre profesionales y consumidores[31].

---

26 Ernesto Rengifo García, "El deber precontractual de información", en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, t. IV, v. 2, Bogotá, Temis, 2010, p. 128.

27 Los artículos 1112 y siguientes del Código Civil francés, introducidos por la Ordenanza del 10 de febrero de 2016, mediante la cual se reformó el derecho de las obligaciones y contratos, codificaron lo que había sido desarrollado respecto del deber de información. En efecto, el artículo 1112-1 establece que "Aquel de los contratantes que conozca o debiere conocer alguna información cuya importancia resulte determinante para el consentimiento de la otra parte, deberá informarla partiendo del principio de que, legítimamente, dicha parte ignora la información o ha depositado su confianza en el cocontratante".

28 Terre, Simler y Lequette, óp. cit., n.º 256, p. 258.

29 Sobre las condiciones del deber precontractual de informar y sobre la ignorancia legítima de información, véase Fernando Hinestrosa, *Tratado de las obligaciones II*, t. II, v. 1, *De las fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 709.

30 Terre, Simler y Lequette, óp. cit., n.º 256, p. 258.

31 Ibíd.

Por lo demás, resulta pertinente anotar la diferencia entre las nociones de obligación de información y la imposición de reglas de forma para la formación del contrato. A pesar de la semejanza que existe entre los dos conceptos, determinada por la finalidad de protección del consentimiento, objetivo de las dos partes, la obligación de información no implica necesariamente el cumplimiento de reglas de forma. En otras palabras, "las reglas que tienen que ver con el formalismo protector hacia la parte débil, no solo se refieren a que haya que suministrar la información necesaria"[32].

En este sentido, la obligación general de información debe ser considerada un instrumento que, al mismo tiempo que las exigencias de forma, se esfuerza por proteger la voluntad de la parte considerada débil. Se puede afirmar, por lo tanto, que su desarrollo se ha nutrido, entre otros, de la marcada tendencia de renacimiento del formalismo en el derecho del consumo.

De ahí que resulte indispensable conocer el alcance de la obligación de información y, en consecuencia, sus límites.

---

32 Para ilustrar esta diferencia, resulta útil mencionar el ejemplo de contrato de trabajo estudiado por Gérard Couturier: "A pesar de un error común, no existe regla general que imponga la forma escrita para la celebración de este contrato. De hecho, el primer inciso del artículo L121-1 del Código Laboral hace referencia al principio de consensualismo. En cambio, si debe haber unas reglas que garanticen información completa al asalariado acerca del contrato que está celebrando con el empleador. Deberán responder a las exigencias de una directiva comunitaria (Directiva Europea n.° 91-553 del 14 de octubre de 1991) que se refiere específicamente a 'la obligación que tiene el empleador de informar al trabajador sobre las condiciones aplicables al contrato o a la relación laboral'. La directiva enumera en detalle (art. 2) los elementos esenciales (en relación con el lugar de trabajo, las características del empleo y las labores por desempeñar, el inicio y finalización del contrato, el monto y pago de la remuneración, etc.) que deben ser puestos en conocimiento del asalariado. En este contexto, la separación entre la información que debe proveer el contratante y la celebración misma del contrato se ve particularmente acentuada. La información prescrita no tiene que ser proporcionada antes de la contratación o de manera simultánea: puede ser proporcionada más adelante (dos meses después del inicio del trabajo). *La información aparecerá por escrito pero no necesariamente mediada por un contrato; puede tratarse de una carta de compromiso o de uno o varios documentos escritos, de otra índole.* En su defecto, resultará de una declaración del empleador (art. 3). La directiva precisa, por lo demás (art. 6), que no afecta las legislaciones y/o prácticas nacionales relativas a la forma y a la prueba de la existencia y del contenido del contrato". COUTURIER, óp. cit., p. 886.

§2. El alcance y los límites de la obligación general de información

Desde hace largo tiempo el alcance de la obligación ha sido un tema ampliamente debatido en el derecho de los contratos, y es difícil encontrar soluciones definitivas o absolutas en la materia[33]. Trataremos de exponer aquí algunos criterios que nos permitirán delimitar el campo de aplicación de la obligación de información para poder así identificar los límites.

La Ley del 17 de marzo de 2014, relativa al consumo, modificó el título del capítulo I del título I del libro I del Código de Consumo, que se denomina ahora "Obligación general de información precontractual". Además, reforzó la exigencia de información a cargo del profesional[34].

De otra parte, el Decreto del 17 de septiembre de 2014,

> especifica la información general que los profesionales, vendedores de bienes o prestadores de servicios deben comunicar a los consumidores acerca de los lugares de venta, antes de la celebración de un contrato o de un acto de compra, pero también antes de la celebración de contratos realizados mediante alguna técnica de comunicación a distancia o por fuera de un establecimiento comercial. Esta información se refiere a su identidad, a sus actividades, a las garantías legales y comerciales, a las funcionalidades e interoperabilidad de los contenidos digitales y a ciertas condiciones contractuales (art. 1)[35].

No se debe olvidar que el deber de información conlleva a una exigencia sustancial: expresar la información y hacerla llegar al destinatario de manera clara, oportuna y transparente.

Como primera medida, la información debe ser clara. Expresar la información con claridad presupone el uso de un lenguaje sin ambigüedades y sin equívocos para transmitirle al cocontratante el contenido del contrato y permitirle comprender adecuadamente la operación contractual que se va a celebrar.

---

33 Salgado Ramírez, óp. cit., p. 306.

34 Para mayor información, véase "Sección 1. Menciones obligatorias".

35 Xavier Delpech, "Information et droit de rétractation des consommateurs: Le décret est paru", *Actualité Dalloz,* 23 de septiembre de 2014, p. 1.

Es prudente preguntarse en qué lengua se va a transmitir la información debido a que "el primer elemento que ayuda a la inteligibilidad de una cláusula es la lengua en la que se redacte"[36]. En el derecho francés, la Ley del 4 de agosto de 1994, conocida como Ley Toubon, establece la obligatoriedad del uso de la lengua francesa para la designación, oferta, presentación, modo de empleo o instrucciones de uso, alcance y condiciones de garantía de un bien o un servicio, así como para la publicidad escrita, hablada o audiovisual[37]. Esta obligación parecería concordar con la protección al consumidor puesto que, en principio, es lógico pensar que el contrato deba ir redactado en la lengua en la cual se ofrecen los productos o servicios.

Sin embargo, esta certeza se vio radicalmente modificada por la Corte de Justicia que, en decisión del 12 de septiembre de 2000, consideró que

> los artículos 30 del Tratado[38] y 14 de la directiva 79-112 se oponen a que una reglamentación nacional imponga la utilización de una determinada lengua para el etiquetado de los productos alimentarios, dejando de lado la posibilidad de utilizar alguna otra lengua de fácil comprensión por parte de los compradores o de que la información le sea proporcionada al comprador por otros medios[39].

Este fallo de la Corte de Justicia ha generado inquietudes en lo que respecta a la protección efectiva de los consumidores e incluso en cuanto al porvenir de la lengua francesa.

En el derecho colombiano, en principio, las partes tienen plena libertad para establecer la lengua en que se redactará el contrato, así como el lenguaje utilizado para las relaciones entre las partes. Al respecto, es necesario

---

36 Terre, Simler y Lequette, óp. cit., p. 261.

37 Jean Calais-Auloy y Frank Steinmetz, *Droit de la consommation,* 8.ª ed., Paris, Dalloz, 2010, p. 65.

38 El artículo 30, ahora artículo 28, consagra el principio de la libre circulación.

39 Louis Bernardeaud, Etiquetage et langue française: Les enseignements de l'arrêt Casino, *Contrats, conc. consom.*, 2001, chron. n.º 10; Helène Claret, La loi Toubon du 4 août 1994 est-elle conforme au droit communautaire?, *Contrats, conc. consom.,* 2001, chron. n.º 5.

saber cuáles son los límites que tienen las partes para la determinación convencional de la lengua del contrato. En particular porque es un tema estrechamente relacionado con la protección al consumidor puesto que el contratante más fuerte en una relación contractual podría aprovecharse de la ignorancia de su cocontratante e imponerle que el contrato se redacte en una lengua que no comprende[40].

Se considera entonces que el principio de buena fe debe guiar la libertad de las partes en el momento de determinar la lengua del contrato, en la medida en que implica el deber de no abusar de la posición dominante, y también porque la protección de la voluntad del consumidor es prioritaria.

De otra parte, la información también debe ser oportuna. Por lo tanto, debe ser comunicada en el momento adecuado con el fin de ayudar al cocontratante a tomar una decisión y a ejercer su libertad contractual. Por ejemplo, en el caso de un contrato de seguros, es necesario que la información sobre los riesgos amparados sea comunicada antes de la celebración del contrato[41].

Por último, la información debe ser transparente. Esto significa que debe ser completa, suficiente y exacta. Completa, en relación con la necesidad de proveer toda la información pertinente, lo cual implica que, en el caso del derecho del consumo, el profesional no puede dejar de transmitir toda la información que conoce y que podría ser útil para formar el consentimiento del consumidor. La información también debe ser suficiente, lo que significa que el consumidor debe estar al tanto de todas las características más importantes del contrato a fin de tomar una decisión razonable. Además, la información debe ser exacta, lo cual se traduce en la importancia de la veracidad de la información suministrada[42].

Por lo demás, una consideración importante en cuanto al alcance de la obligación de información es la referente a las calidades particulares de las

---

40 Cesare Bianca, *El contrato*, 2.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 186.

41 Sobre este tema, la jurisprudencia colombiana determinó que la información debe ser comunicada cuando las partes tienen todavía la oportunidad de aceptar o rechazar la celebración del contrato. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, fallo del 19 de mayo de 1999, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

42 Chinchilla Imbett, óp. cit., p. 336.

partes en el contrato. Las condiciones cognitivas, sociales y de hecho que rodean a la persona determinan el alcance de la exigencia de informar. En este sentido, la obligación de información por parte del profesional, que es la persona calificada, dentro de la relación contractual, es muy diferente de la del consumidor, de quien se presume una ignorancia legítima.

El rigor de la obligación de información se modifica de acuerdo con la calidad de las personas. Este criterio subjetivo refuerza el restablecimiento del equilibrio contractual.

El carácter profesional de una de las partes en el contrato conlleva también al deber de asesoría. Si uno de los contratantes es un especialista, su obligación de información va acompañada de un deber de aportar asesoría. En otras palabras, el deber de asesoría implica la obligación de advertir y orientar a la parte débil, y consiste en una obligación de información calificada y reforzada[43].

Sin embargo, el deber precontractual de información no es absoluto. En efecto, el principio de buena fe, además de ser el fundamento de la obligación de información, delimita su alcance.

De acuerdo con la doctrina, los deberes que proceden del principio de buena fe y que determinan los límites de la obligación de información son: de diligencia del destinatario de la información, de derecho de reserva y de prohibición de abusar de dicho derecho.

La obligación de información llega hasta donde se inicia el deber de diligencia que le incumbe a la parte que debe recibir la información y que consiste en informarse él mismo; es decir, buscar por sus propios medios información que le permita tomar su decisión con conocimiento de causa. El postulado de la buena fe implica el deber de compartir la información con el cocontratante en aras de favorecer el interés común de las partes en el contrato. En este sentido, el contratante debe ser activo en el proceso de negociación y tomar la iniciativa para informarse y tomar su decisión. Aquí encontramos la razón de una de las condiciones de la obligación de información, a saber la ignorancia legítima, expuesta más arriba[44].

---

43 En el derecho colombiano, véase Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 12 de enero de 2007, Exp. 0145, M.P. C. J. Valencia Copete.

44 Couturier, óp. cit., p. 885.

Cabe señalar que este primer límite procede del deber de solidaridad entre los contratantes. En las relaciones contractuales, las partes deben cooperar tanto para la formación como para la ejecución del contrato[45].

Además, el deber de información también puede verse limitado por el carácter reservado de la información. De hecho, existe información que por sus propias características no puede ser revelada. Por lo general es información de carácter privilegiado que no puede divulgarse por razones de interés público, entre otras cosas.

En fin, la obligación de información también tiene como límite la prohibición de abusar de dicho derecho. Esto podría suceder cuando una de las partes solicita a la otra información que atente contra su derecho a la intimidad, al secreto profesional o sencillamente cuando la parte solicite información que no es relevante para la celebración del contrato[46].

En consecuencia, a pesar de las dificultades de la doctrina para definir el alcance y los límites de la obligación de información, los criterios que acabamos de exponer nos ayudan un poco a comprender este deber.

No está de más recordar que la obligación de información y más precisamente la información propiamente dicha, es uno de los instrumentos más eficaces del formalismo informativo del derecho contemporáneo para proteger el consentimiento de las partes y que, junto con la prevención, constituyen las funciones más importantes del formalismo informativo.

SECCIÓN 2. PREVENCIÓN: EL FORMALISMO PREVENTIVO EN EL DERECHO DE LOS CONTRATOS

Las reglas del formalismo informativo tienen como función advertir a los consumidores sobre los riesgos que conlleva a la celebración de contratos con profesionales. En el derecho contemporáneo, la prevención ha ido ganando cada vez más terreno. Por lo tanto, es conveniente saber con precisión en qué consiste en el derecho del consumo (A) y de qué manera desempeña un papel para prevenir los vicios de consentimiento (B).

---

45 J. L. Aguado, *El deber de información en la formación de los contratos*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, p. 111.

46 Chinchilla Imbett, óp. cit., p. 347.

A. LA PREVENCIÓN EN EL DERECHO DEL CONSUMO

Ciertamente, el formalismo informativo del derecho del consumo ejerce una función preventiva. De ahí que resulte interesante estudiar la noción de prevención, precisar el concepto y su alcance (§1), y analizar los riesgos del consentimiento presentes en las relaciones de consumo (§2).

§1. LA NOCIÓN DE PREVENCIÓN

Se puede definir la prevención como "el conjunto de medidas e instituciones destinadas a impedir –o por lo menos a limitar– que un riesgo se haga realidad, que un daño se produzca, que se lleven a cabo actos nocivos, etc., haciendo lo posible por suprimir las causas y los medios"[47].

Precisamente, el formalismo informativo consiste en consagrar medidas preventivas tendientes a propiciar la información entre los contratantes, reequilibrar su posición contractual y evitar que celebren contratos abusivos o que adolezcan de consentimiento viciado.

Cabe precisar que la noción de prevención como función del formalismo informativo, objeto de estudio de la presente sección, es diferente de la noción de precaución. Según algunos autores, la prevención hace alusión a riesgos comprobados. En cambio, la precaución se refiere a riesgos potenciales. La prevención se realiza en los casos en que los daños son provocados por riesgos plenamente comprobados, es decir, cuya existencia ha sido demostrada[48].

A pesar de su complejidad y sutileza, la prevención es una de las finalidades del derecho civil de los contratos. El derecho siempre ha buscado jugar un papel preventivo, es decir, impedir que se lleven a cabo actos ilícitos o hechos que causen perjuicio. Y así sucede cada vez más: nuestra sociedad se ha ido tornando más y más en una sociedad de protección, en detrimento de la libertad de cada individuo para asumir riesgos. De ahí su mayor fragilidad ya que el efecto profiláctico genera efectos perversos[49].

---

47 GÉRARD CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8.ª ed., Paris, PUF, 2008, p. 669.

48 MARÍA ISABEL TRONCOSO, "El principio de precaución y la responsabilidad civil", *Revista de Derecho Privado*, n.º 18, 2010, p. 209.

49 PHILIPPE MALAURIE, "L'effet prophylactique du droit civil", en *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, p. 671.

Más precisamente, la prevención es uno de los objetivos que persigue la ley y, además, una finalidad evidente del legislador, que impone el formalismo informativo y se esfuerza por proteger a la parte considerada débil en los contratos de consumo. Por lo demás, la prevención no es solamente uno de los objetivos de la legislación, sino también una de las finalidades de las partes cuando celebran un contrato.

Ciertamente, la celebración del contrato es el período más favorable para que las partes puedan prever las consecuencias de su acuerdo y, por ende, es la fase más adecuada para que prevengan, mediante la estipulación de algunas cláusulas, los riesgos eventuales del contrato. Así, el contrato sigue siendo el espacio más favorable para prever y prevenir al máximo.

El derecho del consumo, junto con el formalismo informativo, es un "derecho de protección que ejerce un efecto profiláctico al disuadir al profesional, mediante procedimientos indirectos, de explotar al consumidor"[50]. En efecto, el formalismo informativo tiene como propósito la toma de conciencia, por las partes, del contenido y del alcance del contrato. Las menciones obligatorias tienen como propósito advertir al consumidor acerca de los riesgos que conlleva al contenido del contrato y alertarlo así para prevenirlo contra los posibles errores[51].

Naturalmente, las reglas de forma del formalismo informativo no consisten únicamente en suministrar información. Algunas reglas de forma buscan garantizar que las cláusulas contractuales sean debidamente comprendidas y se limitan a asegurar, o por lo menos a tratar de hacerlo, que el contenido del contrato ha sido captado[52].

Para tal fin, el artículo L211-1 del Código del Consumo francés estipula que "las cláusulas de los contratos propuestos por los profesionales a los consumidores o a los no profesionales, deberán ser presentadas y redactadas de manera clara y comprensible"[53]. Esta regla de forma, que impone la obligación de claridad, no le exige específicamente al profesional una

---

50 Ibíd., p. 669.

51 Laurent Aynes, "Formalisme et prévention", en *Le droit du crédit au consommateur*, Paris, Litec, 1982, p. 63.

52 Couturier, óp. cit., p. 888.

53 De conformidad con la Ordenanza 2016-301 del 14 de marzo de 2016.

obligación de información particular. Pretende más bien que el profesional sea lo más transparente posible, para que el contrato sea manejable por parte del lego, que es el sujeto de la protección.

Además, el derecho del consumo obedece a una política de prevención, al proteger contra las cláusulas abusivas.

> A pesar de su carácter desordenado, esta panoplia de medidas produce un efecto disuasivo, sin tener que ser sancionada por ninguna decisión judicial o por algún acto administrativo. Lo que la ley ha calculado es que el profesional no seguirá practicando este tipo de cláusulas en sus relaciones con el consumidor. El carácter profiláctico de la ley se asocia a una labor de pedagogía, como lo hace la medicina profiláctica contemporánea[54].

En consecuencia, algunas de las reglas del formalismo informativo tienen la función de advertir a la parte que se presume débil sobre los riesgos contractuales de la celebración de contratos. Por lo tanto, la prevención es una finalidad que ha ido ganando más y más terreno en el derecho contemporáneo de los contratos[55].

En efecto, como se ha mencionado en varias oportunidades, el formalismo del derecho contemporáneo, a diferencia del formalismo clásico que le imprimía vida al compromiso, tiene como principal propósito proteger el consentimiento de las partes. Dicha protección se caracteriza por el deseo de evitar que la parte débil celebre contratos desequilibrados o abusivos. De esta manera, en lugar de sancionar *a posteriori* los vicios de consentimiento, el formalismo informativo establece una serie de disposiciones que tienden a prevenirlos. Podríamos afirmar que las formas informativas son "medidas preventivas que tienen como propósito favorecer la información y la reflexión de parte de los contratantes"[56].

---

54 Malaurie, óp. cit., p. 679.

55 No solo en el derecho de los contratos, sino también en materia del derecho penal, el derecho de la familia y el derecho de la competencia, incluyendo la prevención en el desarrollo de la medicina. Ibíd., p. 673.

56 Terre, Simler y Lequette, óp. cit., p. 254.

El derecho, guiado por la máxima según la cual "más vale prevenir que tener que lamentar", juega un papel profiláctico[57] en la sociedad. El derecho quiere dirigir el comportamiento de los hombres para protegerlos de los riesgos de la sociedad[58].

En este sentido, la función de prevención del formalismo informativo se ejerce debido a que, en el entorno consumista, existen riesgos para al ejercicio de la voluntad. Los riesgos son de diferente índole. En las siguientes páginas estudiaremos aquellos que encontramos en las relaciones de consumo.

§2. LOS RIESGOS DEL CONSENTIMIENTO EN LAS RELACIONES DE CONSUMO

Como acabamos de explicar, las partes pueden prever y prevenir, con ocasión de la celebración de un contrato, la realización de ciertos riesgos que parecen evidentes. Ahora, en ese caso, ¿qué es un riesgo? Según Jena Marc Mousseron, por *riesgo* debemos entender, cualquier eventual desvío, hasta el día de celebración del contrato, respecto de la línea trazada o del proyecto social, económico o financiero inicialmente convenido por las partes[59]. En este sentido, podría entenderse el riesgo como la no obtención de los beneficios previstos en el marco de la operación económica convenida por las partes.

---

57 Philippe Malaurie explica la diferencia entre los efectos profilácticos y los preventivos. Para él, el efecto profiláctico del derecho "logra llegar a la prevención acudiendo a medios menos directos, mientras que la prevención opera a través de medios directos". MALAURIE, óp. cit., p. 669.

58 En efecto, el principio de precaución, después de haberse desarrollado en un principio en el campo del derecho ambiental y de la salud, ha venido ejerciendo una influencia cada vez más marcada en el derecho en general. Es una verdadera regla jurídica, con sus propias condiciones de aplicación, orientada a evitar ciertos daños, y no a sancionar fallas clásicas. Para mayor información, véase MATHILDE HAUTEREAU-BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, tesis, LGDJ, 2005.

59 JEAN MARC MOUSSERON, "La gestion des risques par le contrat", *RTD civ.*, n.° 2, 1988, p. 481.

Antes de comenzar a estudiar los riesgos propios del consumo, es necesario responder otra pregunta. ¿Estamos hablando de prevención de los riesgos relativos a daños o de prevención de daños propiamente? Para ciertos autores, habría confusión entre el objeto y el método de la prevención. "El objeto es el daño y, para lograrlo, el mejor método es abordar los riesgos: debe hacerse todo lo posible para que los riesgos no provoquen daños demasiado graves"[60].

Cabe señalar que dentro de las relaciones de consumo, los riesgos pueden repartirse en dos categorías. Por un lado, los que ponen en peligro el consentimiento en el contrato; y, por el otro, los habituales de incumplimiento o ruptura, inherentes a cualquier tipo de contrato. De manera que el formalismo informativo puede ejercer una función directa o indirecta en la prevención de riesgos.

Primero que todo, el formalismo informativo ejerce una función directa de prevención de los riesgos pertenecientes al primer grupo; es decir, los riesgos relacionados con el consentimiento. En este sentido, el formalismo informativo busca evitar la celebración de contratos abusivos, viciados o suscritos sin la debida reflexión. La función preventiva directa del formalismo informativo está ligada a la protección y al fortalecimiento del consentimiento contractual.

En cuanto al segundo grupo, el formalismo informativo ejerce una función de prevención indirecta de los riesgos comprobados del contrato, es decir, de cualquier riesgo que pudiere presentarse a lo largo del proceso contractual, como, por ejemplo, el incumplimiento total o parcial del contrato, la ruptura o, más sencillamente, que no se obtengan los beneficios esperados del contrato.

En efecto, proteger el consentimiento, finalidad del formalismo informativo, no significa solamente evitar un consentimiento otorgado sin la debida reflexión o un contrato desequilibrado, sino también tratar de prevenir riesgos no deseados por ninguna de las partes o que vayan en desmedro de su patrimonio. Cabe precisar que los riesgos, que serán el tema central de este aparte, son principalmente los que hacen peligrar la

---

60 Hautereau-Boutonnet, óp. cit., p. 342.

obtención de un consentimiento libre y fruto de una reflexión ilustrada, apto para formar el contrato.

Teniendo en cuenta la asimetría informativa y el desequilibrio contractual de las relaciones de consumo, el legislador ha tomado medidas para prevenir fraudes y eventuales abusos en los contratos.

La debilidad de una de las partes y el déficit informativo, más precisamente el del consumidor, pueden llevar a que se celebren contratos abusivos.

> Este desequilibrio puede, lo cual es fácil de entender, permitir abusos que favorezcan a la parte más fuerte y que pueden consistir, por ejemplo, en imponer condiciones contractuales totalmente desequilibradas. Podríamos imaginar que, en razón de una vulnerabilidad particular (de orden financiero o sicológico, por ejemplo), la parte débil acepte celebrar el contrato aceptando cualquier condición. El cocontratante podría aprovechar esta situación para omitir voluntariamente algunas cláusulas o para indicar una fecha o un lugar de celebración del contrato que no corresponda a la realidad[61].

En semejantes circunstancias, la debilidad inherente a una de las partes en el contrato y su inferioridad en cuanto a la información originan casi todos los riesgos relativos al consentimiento en las relaciones de consumo. Esta inferioridad puede ser considerada "la debilidad del cocontratante cuyo nivel de desarrollo mental en sí, o el nivel de conocimiento en la materia del contrato, resulta insuficiente para emitir un juicio ilustrado acerca del alance de los compromisos respectivos"[62]. Esta debilidad procede de un desconocimiento de los elementos de hecho o de derecho de las relaciones contractuales. El formalismo informativo busca, por lo tanto, reequilibrar la relación contractual al combatir la falta de conocimiento y evitar así que celebren contratos desequilibrados.

La desinformación de uno de los contratantes puede llevar a que se incluyan en el contrato cláusulas abusivas y desequilibradas. En la definición general de las cláusulas abusivas del inciso primero del artículo L212-1 del

---

61 JACQUEMIN, óp. cit., p. 174.

62 MARCEL FONTAINE, "La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (Rapports de Synthèse)", en *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-Belges,* dir. J. Ghestin y M. Fontaine, Paris, LGDJ, 1996, p. 615.

Código del Consumo francés podemos encontrar el riesgo o el daño que la ley relativa al consumo quiere evitar.

Se entiende por cláusulas abusivas aquellas que tienen por objeto o efecto el de crear, en detrimento del no profesional o del consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato. Lo que la ley pretende evitar es que se genere un desequilibrio significativo en detrimento de la parte más débil.

La desinformación de una de las partes contribuye a que se celebren contratos abusivos y a que se cometan fraudes. "En efecto, es más fácil imponerle condiciones desequilibradas a un cocontratante que, por falta de conocimientos, no tiene conciencia de las consecuencias que podría tener alguna cláusula"[63].

Además, el formalismo informativo tiene como finalidad preservar la integridad de la información[64]. Por ejemplo, la exigencia de algunas menciones obligatorias en materia de derecho del consumo, busca preservar la integridad de la información consignada en el contrato.

No cabe duda de que al preservar la integridad se confirma la función preventiva del formalismo informativo. En efecto, el propio escrito constituye un mecanismo de preservación de la información y, al mismo tiempo, sirve para prever y prevenir[65].

Por lo demás, los contratos de comercio electrónico conllevan a riesgos importantes porque, en la mayoría de los casos, se celebran a distancia. De ahí que el derecho busque proteger a los consumidores electrónicos contra la celebración de contratos abusivos y excesivos. Las reglas del formalismo electrónico[66] buscan evitar que el placer de un *clic* suprima el instante de reflexión, indispensable para la celebración del contrato[67].

---

63 JACQUEMIN, óp. cit., p. 175.

64 Sobre la noción de integridad de la información, véase el apartado "§2. Superioridad de la prueba documental y validez de los acuerdos relativos a la prueba". Para mayor información, véase JACQUEMIN, ibíd., 121 y ss.

65 Sobre las funciones del escrito, véase el aparte "§2. El escrito como forma del contrato".

66 Sobre las formas electrónicas, véase el aparte "§1. El escrito electrónico".

67 LUC GRYNBAUM, "Loi économie numérique: Le sacre des égalités formelles". *RDC*, avril 2005.

Por otra parte, la Directiva del 20 de mayo de 1997 sobre la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia establece en el artículo 13 "Considerando que la información difundida por determinadas tecnologías electrónicas tiene a menudo un carácter efímero en la medida en que no se recibe sobre un soporte duradero; que resulta necesario que se hagan llegar al consumidor, por escrito y con la debida antelación, los datos necesarios para la correcta ejecución del contrato".

En consecuencia, no cabe duda de la importancia de la función preventiva del formalismo informativo en el derecho del consumo. En efecto, le impone a las partes la obligación legal de prever, en el contrato, cláusulas que prevengan los riesgos[68]. Podríamos afirmar entonces que las cláusulas que consignan en los contratos las formas informativas que la ley exige son las que previenen riesgos relacionados con el consentimiento de las partes, es decir, cláusulas de prevención de riesgos.

Siendo así, las reglas del formalismo informativo siguen la línea del espíritu de prevención y orientan al derecho contemporáneo de los contratos. Se podría también afirmar que el aumento de las reglas legales del formalismo informativo es consecuencia del intervencionismo del Estado, el cual sigue los principios y valores propios del derecho contemporáneo de los contratos, como es el caso de la prevención.

Es evidente que la prevención juega un papel fundamental en la protección del consentimiento de las partes. Es cierto que podríamos encontrar en la teoría de los vicios de consentimiento el fundamento contemporáneo de la prevención y de la protección de la voluntad en las relaciones de consumo, pero también habría otro argumento, a saber, el aumento de la lista de riesgos que se deben evitar en los contratos con los consumidores.

B. Prevención de los vicios del consentimiento

Después de haber estudiado la noción de prevención en el derecho de los contratos y los riesgos inherentes a las relaciones de consumo, es necesario

---

68 Sobre las cláusulas de prevención de riesgos, véase Sophie Pellet, "Les clauses de prévention des risques". *Semaine Juridique Notariale et Immobilière,* n.° 21-22, 2015, p. 35.

abordar ahora el tema de los vicios del consentimiento como riesgos posibles en la celebración de contratos de consumo. Para estudiar la prevención de los riesgos del consentimiento resulta pertinente comenzar con las críticas que ha recibido la teoría clásica de los vicios del consentimiento (§1), antes de mirar el fundamento de la prevención de los riesgos de consumo (§2).

§1. Análisis crítico de la teoría clásica de los vicios de la voluntad (como medida curativa)

Para que un acto tenga validez, es indispensable una voluntad sana. En otras palabras, una voluntad libre de vicios, que podrían lesionar la libertad y la conciencia de alguna de las partes, siendo estos últimos elementos indispensables para que la voluntad tenga el poder de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas[69].

El consentimiento, llamado a formar el vínculo contractual, debe contener algunas calidades particulares. Debe ser otorgado libremente y con pleno conocimiento de causa. El Código Civil francés, en su artículo 1130, establece que el error, el dolo y la violencia vician el consentimiento cuando son de tal naturaleza que, sin ellos, una de las partes no hubiera contratado o lo hubiera hecho en condiciones sustanciales totalmente distintas. Por su parte, el artículo 1508 del Código Civil colombiano establece que los vicios que puede adolecer el consentimiento son error, fuerza y dolo.

De manera que

> si un contratante tiene una representación errónea de los elementos de la operación proyectada, su consentimiento no será lúcido ya que habrá sido determinado por una información inexacta. Ahora, el error que haya originado la falta de lucidez podrá ser espontáneo o provocado. En el primer caso, se habla de *error* en el sentido estricto, en el segundo se tratará de *dolo*[70].

---

69 Guillermo Ospina Fernández, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7.ª ed., Bogotá, Temis, 2005.

70 Terre, Simler y Lequette, óp. cit., n.º 205.

Además, si el contratante está sometido a presiones que alteren su voluntad individual, el vicio de consentimiento será la violencia.

Existen dos maneras de proteger el consentimiento o la lucidez de la voluntad humana. La primera, curativa, es la tradicional, protege el consentimiento en el momento de celebrar el contrato y conduce a la anulación del acto jurídico[71]. La segunda, preventiva, es más frecuente en el derecho actual y busca dar a las partes información suficiente en cuanto a la naturaleza y efectos del contrato, particularmente en el caso de los celebrados entre profesionales y legos. En el interior de este sistema preventivo, la ley le impone a la parte que se supone más fuerte la obligación de informar a su cocontratante acerca del objeto del contrato y de las medidas para reequilibrar las fuerzas del contrato[72].

Para proteger el consentimiento de las partes, el Código Civil ha privilegiado tradicionalmente las medidas curativas. Un contrato puede anularse cuando emana de una persona incapaz de comprender el alcance de sus actos, o si su voluntad se ha visto viciada por error, dolo o violencia. Entonces, los vicios son estudiados como medidas curativas de la voluntad contractual.

En principio, la consecuencia directa del vicio de la voluntad es la anulación del acto jurídico. Más precisamente, se trata de una nulidad relativa que la víctima directamente afectada por el vicio puede solicitar. En materia de vicios del consentimiento, en realidad no se atenta contra un interés público.

La nulidad podría ser parcial o total, dependiendo del alcance del vicio. Si el vicio afecta la totalidad del objeto del contrato, la nulidad será total; por el contrario, si el vicio afecta parcialmente el objeto del contrato, la sanción será la nulidad parcial del contrato.

Sin embargo, resulta cuestionable que, a propósito del fenómeno contemporáneo de los contratos masivos, y de los millones de contratos celebrados anualmente, los casos de protección de la voluntad por la existencia de vicios del consentimiento sean ínfimos.

---

71 Puntualmente el artículo 1131 del Código Civil francés establece que los vicios del consentimiento son una causa de nulidad relativa.

72 HINESTROSA, óp. cit., p. 918.

En Colombia hay poca jurisprudencia sobre el tema de los vicios del consentimiento. Los fallos referentes al estudio de vicios del consentimiento y a la protección de la voluntad mediante la nulidad del contrato ante vicios del consentimiento son muy escasos.

En efecto, la teoría clásica de los vicios del consentimiento ha sido duramente puesta en tela de juicio. Diversos autores coinciden en sus críticas al afirmar que "la teoría de los vicios del consentimiento solo ha dado un rendimiento social mediocre"[73]. Es un método de protección *a posteriori*, para el cual se requiere una acción judicial y, en ese sentido, parece poco adaptado al fenómeno contractual masivo.

Frente a estos retos, la jurisprudencia y, más recientemente, el legislador tratan de proteger al consumidor a través de medidas preventivas. Además, la política preventiva frente a los vicios de la voluntad ha ido ganando terreno en el derecho contemporáneo, especialmente en materia de derecho del consumo.

En efecto, el derecho del consumo ha introducido medidas tendientes a garantizar información completa y oportuna, y la exigencia de un plazo para la reflexión y otro para la retractación[74].

En otras palabras el "desarrollo de la sociedad de consumo incitó al legislador a proteger a los consumidores. Este tipo de sociedad tiene tal poder de atracción a través de la publicidad, que el consumidor se transforma en adquirente o en prestatario casi sin darse cuenta"[75]. Precisamente por esa razón, el legislador contemporáneo decidió intervenir para proteger a las partes y evitar que se celebren contratos sin la debida reflexión o fruto de un consentimiento viciado.

Para tal fin, frente a los nuevos desafíos del derecho contemporáneo y a la ineficacia de las sanciones clásicas contra los vicios del consentimiento[76],

---

73 Véase Terre, Simler y Lequette, óp. cit., p. 208.

74 Hinestrosa, óp. cit., p. 929.

75 Philippe Malaurie, Laurent Aynes y Philippe Stoffel-Munck, *Droit civil, Les Obligations*, 2.ª ed., Paris, Defrénois, 2005p. 257.

76 Además, es necesario señalar que la tendencia actual consiste en buscar soluciones diferentes de la nulidad del acto y que propendan más bien a la preservación del contrato y la economía de la operación contractual.

el derecho más bien se ha inclinado hacia la prevención como mecanismo de protección de la voluntad contractual. "De hecho, la prevención busca relegar la sanción a los confines del derecho y le concede una función esencialmente conminatoria"[77].

Es así como, en la mayoría de los casos, no es difícil constatar que estas exigencias de carácter preventivo son aplicaciones del derecho informativo. Podemos entonces afirmar que el formalismo informativo es la herramienta más importante que tiene el derecho contemporáneo para prevenir los vicios de la voluntad.

De hecho, la mayoría de las medidas preventivas consisten en obligar a las partes a informar a su cocontratante y reforzar así el consentimiento frente al contrato, particularmente en lo que respecta a los contratos del ámbito del derecho del consumo.

Así, "el formalismo informativo pasaría a jugar un papel preventivo muy importante, generando una seguridad jurídica a toda prueba que recuerda, por lo demás, la fuerza de los títulos valor"[78].

La función preventiva del formalismo informativo es evidente cuando se trata de proteger al consumidor contra los vicios del consentimiento. Esta tendencia del derecho contemporáneo, que consiste en darle preferencia a las medidas preventivas sobre las curativas, pone de presente la necesidad de una renovación de la teoría clásica de los vicios del consentimiento para adecuarse a la dinámica contractual contemporánea.

Algunos autores incluso proclaman el beneficio de excluir la teoría de los vicios del consentimiento[79] ya que el respeto de las obligaciones legales excluye cualquier recurso a la noción de vicios del consentimiento[80].

---

77 Magnier, óp. cit., p. 178.

78 Ibíd.

79 Nathalie Rzepecki, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat,* Marseille, Presses Universitaires D'Aix-Marseille - Puam, 2002. p. 422.

80 A propósito del tema de la confusión entre el *instrumentum* y el *negotium*, y de la posibilidad de que la forma absorba al fondo, véase François Geny, *Science et technique en droit privé positif: Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, t. III, Paris, Sirey, p. 95, n.º 202.

De manera que al respetar el formalismo informativo se puede excluir cualquier debate venidero acerca de la integridad del consentimiento[81].

Pasemos ahora al estudio del papel contemporáneo de la teoría de los vicios de consentimiento en el derecho del consumo.

§2. LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO: FUNDAMENTO DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS DE CONSUMO

El formalismo informativo es un instrumento para prevenir que se hagan realidad los riesgos contractuales en el derecho del consumo. En efecto, el incumplimiento de las formas del formalismo informativo puede generar vicios de la voluntad en la parte considerada débil.

Entre las funciones de las formas informativas está el que "permiten exteriorizar una información, para asegurarse de que el consentimiento sea ilustrado. A título preventivo, contribuyen a reducir los riesgos de error en que pueda caer la parte débil (errores por falta de información)"[82].

El propósito de las formas informativas es informar al contratante y poder así llegar a un consentimiento íntegro y fruto de reflexión. Ciertamente,

> si se duda de que, en presencia de un consumidor informado según lo exige el derecho del consumo, persista la posibilidad de un debate sobre el fondo en cuanto a la integridad del consentimiento, es sencillamente porque el cumplimiento de las obligaciones de información lleva, *a priori*, a considerar que el consumidor fue informado acerca de los elementos esenciales del contrato[83].

Cuando se respetan las formas del formalismo informativo, es prácticamente imposible pretender que el consumidor haya sido víctima de error

---

81 Esta parece ser la posición de la Corte de Casación en su fallo del 14 de junio de 1989. Véase Colombia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 14 de junio de 1989, *Bol. civ.* I, nº. 240; J. L. AUBERT, Nota sobre Cass. 1.ª civ., Sentencia del 14 junio 1989, *D.* 1989 somm., p. 338; G. VIRASSAMY, Nota sobre Cass. 1.ª civ., Sentencia del 14 de junio de 1989, JCP 1991, II, 21632.

82 JACQUEMIN, óp. cit., p. 459.

83 RZEPECKI, óp. cit., p. 417.

ya que recibió información. Sin embargo, sigue siendo posible cuestionar el consentimiento, invocando el dolo y la violencia[84].

Existe cierta tendencia de parte del consumidor a caer en vicios del consentimiento. Debido a la falta de información y a su posición de debilidad, es más propenso a cometer algún error durante la celebración de un contrato o a ceder frente a la violencia del cocontratante[85]. En ese sentido, se podría afirmar que los vicios del consentimiento son riesgos probables que derivan del desequilibrio contractual propio del derecho del consumo.

El error consiste en una representación falsa o inexacta de la realidad, que puede ser el resultado de una mala representación[86]. En ese caso, se puede dar la anulación del contrato, pero para ello debe estar relacionada con las calidades sustanciales del objeto del contrato, ser común a las partes y ser excusable. Las anteriores condiciones deberán ser apreciadas *in concreto*[87].

En efecto, "si existe una obligación de información a cargo de uno de los cocontratantes, y con mayor razón cuando dicha obligación está prescrita por ley, es porque, de manera general, el legislador considera que la parte que debe recibir la información podría cometer algún error en caso de no haber sido correctamente informado"[88]. El incumplimiento de esta obligación de información puede provocar algún error de parte del cocontratante.

El dolo también puede provocar la nulidad del contrato. A diferencia del error, el dolo es una equivocación provocada deliberadamente e implica la voluntad de engañar. En el dolo, el error no procede de falta de conocimiento intrínseco de la parte, sino de alguna causa externa y de actividades desleales por parte del cocontratante[89]. El consentimiento estará viciado

---

84 Por ejemplo, J. Mestre, Observación sobre Versailles, Sentencia del 8 de julio de 1994, *RTD civ.* 1995, 97.

85 A propósito de la violencia como vicio del consentimiento, el artículo 1143 del Código Civil, introducido por la Ordenanza 2016-131 del 10 de febrero de 2016, consagra el abuso de la debilidad del otro como una modalidad de violencia económica.

86 Cornu, óp. cit., "error".

87 Terre, Simler y Lequette, óp. cit., p. 211.

88 Jacquemin, óp. cit., p. 460.

89 Juan Felipe Navia Revollo, *La reticencia como forma de dolo-vicio de la voluntad,* tesis, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 168.

por dolo cuando un cocontratante haya acudido a comportamientos deliberados para engañar a su contraparte.

Sin embargo, en caso de que un profesional omita alguna información, es decir, si ha faltado a su obligación de información, habrá que precisar si el consentimiento está viciado por error o dolo[90].

Surge entonces el tema de las consecuencias del silencio de los contratantes. A este respecto, cabe precisar que si un profesional falta a su obligación de información, se está en presencia de una reticencia dolosa; el vicio de consentimiento será entonces el dolo y no el error.

En efecto, el silencio puede ser considerado causa directa del error del cocontratante. En consecuencia, el silencio no requiere estar acompañado de fraudes o engaños de parte del profesional. El silencio en sí mismo constituye dolo[91].

En efecto,

> hay reticencia dolosa cuando, en razón (especialmente) de la ley, una persona tenía obligación de hablar, para comunicar una serie de datos, pero se abstuvo de hacerlo. Esta es precisamente la hipótesis: numerosas formas de protección de la parte débil se encuentran prescritas en alguna disposición legal particular, y tienen como función principal la de exteriorizar una información. Si el cocontratante, la parte débil, omite voluntariamente algunas menciones que, sin embargo, están prescritas por la ley, o si no establece el *instrumentum* requerido, se podría considerar que ha incurrido en maniobras dolosas[92].

Si bien la teoría de los vicios del consentimiento se adapta a las relaciones de consumo, no se debe olvidar que desde el punto de vista práctico no tendría ningún interés solicitar la nulidad del contrato a raíz de la presencia de vicios del consentimiento.

Para obtener, por ejemplo, la anulación por error, la parte débil debe demostrar que el desconocimiento de las formas provocó una representación errada de la realidad. En caso de dolo, la parte débil debe probar la

---

90 Sobre el dolo en caso de desconocimiento de una obligación de información, véase Fabre-Magnan, óp. cit., p. 284.

91 Navia Revollo, óp. cit., p. 169.

92 Jacquemin, óp. cit., p. 461.

intención dolosa del cocontratante. En ese caso, la declaración de nulidad para sancionar el incumplimiento de las formas requeridas no ha tenido ningún eco en la jurisprudencia[93].

En ese sentido, es evidente que los vicios del consentimiento son riesgos posibles en las relaciones de consumo. Ahora, habida cuenta de las dificultades de la nulidad, como sanción por vicios del consentimiento, podríamos afirmar que la teoría de los vicios del consentimiento constituye, más que una opción curativa frente a las dificultades planteadas por el consentimiento, un catálogo no exhaustivo de los riesgos inherentes a los contratos de consumo.

Así, la teoría de los vicios del consentimiento sirve como fundamento para prevenir los riesgos del consumo y el formalismo informativo es el instrumento más eficaz del derecho de los contratos para prevenir esos riesgos. En otras palabras,

> las exigencias legales tendientes a favorecer la existencia de un consentimiento informado y fruto de la reflexión, de parte del consumidor, deberían jugar solamente un papel preventivo. En consecuencia, su cumplimiento no significaría necesariamente que el consumidor no pudiera, más adelante, alegar vicio de consentimiento, aunque se pronosticara que ese tipo de acción fuera muy poco usado[94].

Podríamos entonces concluir que tanto la prevención como la información propias del derecho del consumo sirven para combatir los desequilibrios evidentes de los contratos contemporáneos para beneficio de los consumidores.

Apartándonos de la información y la prevención en tanto que funciones del formalismo informativo, podemos pasar ahora al estudio del alcance del formalismo informativo.

---

93 Ibíd., p. 464.

94 Rzepecki, óp. cit., p. 429.

TÍTULO II
ALCANCE DEL FORMALISMO INFORMATIVO

Las formas informativas en el derecho del consumo les imponen a las partes el deber de proporcionarle al cocontratante toda la información que sea esencial para el contrato con el fin de evitar que se adquieran compromisos a la ligera y sin conocimiento de causa (capítulo 1). En este sentido, el formalismo informativo busca, de manera deliberada, proteger el consentimiento, si bien es necesario reconocer que la eficacia de este medio de defensa de la voluntad depende directamente de la fuerza del formalismo informativo (capítulo 2).

CAPÍTULO I

Formas legales del derecho del consumo

Clasificar las diferentes formas del derecho del consumo presenta la ventaja de dividirlo en categorías y poner de presente el elemento característico de diferenciación entre unas y otras[1]. Ante la multiplicidad de formas de protección en el derecho contemporáneo de los contratos, el criterio para clasificar las formas impuestas al contenido del contrato es el de la función que ejerce en aras de proteger el consentimiento de las partes[2].

La función de las formas informativas es la de proveer la información pertinente para el contrato. Se trata, por lo tanto, de una función de información[3].

Sin embargo, el formalismo informativo tiene como propósito garantizar que el compromiso sea adquirido con conocimiento de causa, después de haber leído de manera cuidadosa y consciente el contrato, independientemente de la materia del derecho en donde se estén llevando a cabo las formas informativas, o de la sanción prevista en caso de incumplimiento de la forma legal.

Así pues, examinaremos las formas del derecho contemporáneo cuya función consiste en ofrecerle al cocontratante la información necesaria para lograr un consentimiento sano y fruto de la reflexión. Dedicaremos las páginas siguientes a considerar las manifestaciones más visibles del formalismo informativo contemporáneo: menciones obligatorias como formas al contenido del contrato (sección 1) y mecanismos complementarios que buscan proteger la voluntad contractual (sección 2).

---

1 Xavier Lagarde, "Réflexions sur le fondement de l'art. 931 c. civ.", *RTD civ.* 1997.25 y 1, p.207.

2 Es necesario establecer la diferencia entre las nociones de finalidad de la forma y función de la forma, que presenta claramente en su tesis Hervé Jacquemin: "La función de una regla de forma se refiere a las calidades intrínsecas de dicha regla, independientemente de las finalidades que se quiera alcanzar. Por ejemplo, la función –el papel– de una mención es el de enunciar una información. El objetivo de una regla de forma se refiere al objetivo preciso que el legislador busca alcanzar al imponer la regla, teniendo en cuenta sus funciones". Hervé Jacquemin, *Le formalisme contractuel: mécanisme de protection de la partie faible*, Paris, Larcier, 2010, p. 18.

3 Sobre la información como función del formalismo informativo, véase el capítulo "Funciones del formalismo informativo en el derecho del consumo".

SECCIÓN I. MENCIONES OBLIGATORIAS

Estudiaremos primero la noción de menciones obligatorias (A), para luego abordar las especificidades y exigencias particulares de las menciones obligatorias en el derecho del consumo (B).

A. LA NOCIÓN DE MENCIONES OBLIGATORIAS

Las menciones obligatorias son formas empleadas por el legislador contemporáneo para proteger la voluntad individual. En ese sentido, la búsqueda de una noción de lo que son las menciones obligatorias resulta altamente oportuna. Comenzaremos entonces por una aproximación al concepto de menciones obligatorias (§1) y seguiremos con el estudio de la noción de las menciones obligatorias frente al principio de libertad contractual (§2).

§1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE MENCIONES OBLIGATORIAS

En el derecho contemporáneo de los contratos encontramos diversas manifestaciones del escrito como forma del contrato. En efecto, el escrito sigue siendo la forma más extendida en materia contractual y ejerce una función informativa[4]. Además, con el desarrollo de los intercambios electrónicos, el escrito bajo la modalidad electrónica surge como una nueva modalidad del escrito que tradicionalmente se ha presentado en soporte papel[5].

Para comenzar, el escrito ha sido el soporte por excelencia para el desarrollo de lo que se ha dado en llamar "formalismo informativo". Esta exigencia, que consiste en agregar información al contrato para proteger a las partes, se basa en la posibilidad de consignar la información, en la

---

4 Fortaleciendo así el grupo de formas informativas, en pleno auge en el derecho contemporáneo de los contratos.

5 Fallo de la Corte de Casación francesa del 2 de diciembre de 1997: "El escrito puede ser elaborado y conservado en cualquier soporte, incluyendo el fax, desde que su integridad y la autoría del contenido hayan sido debidamente comprobadas o no hayan sido refutadas". (D. R. MARTIN Nota, *Dalloz*, 1998, p. 192.)

mayoría de los casos, en un documento escrito. De manera que el escrito sirve a la vez como soporte para materializar las menciones obligatorias y representa también una forma independiente en sí misma[6]. Se podría afirmar que la exigencia de incluir menciones obligatorias implica directa e indirectamente la obligación de que el contenido del contrato quede consignado en un documento escrito.

Es así como las menciones, que en sí mismas constituyen formas, implican también la utilización de otra forma, a saber, un escrito. A propósito de la relación que existe entre las menciones y el escrito como formas contemporáneas diferentes que buscan proteger la voluntad, Gérard Couturier escribe: "Las menciones informativas suponen que se redacte un escrito que les sirva de soporte material, lo que lleva a concluir que las menciones informativas suponen un escrito que, de no existir, puede conllevar a pena de nulidad"[7].

Ahora, de todas maneras, encontramos disposiciones normativas propias del formalismo informativo que consagran al escrito clásico, como tal, como forma independiente de protección de la voluntad del consumidor. Por ejemplo, el Código del Consumo francés establece en el artículo L312-18 que la oferta del contrato de crédito debe establecerse por escrito o en cualquier otro soporte duradero, lo cual lleva a privilegiar al escrito como forma de formas.

Por su parte, el artículo L313-19 del mismo código exige que la aceptación se otorgue "mediante carta, de la cual el sello postal dará fe". De manera que las normas del formalismo informativo del derecho del consumo siguen apoyando al escrito como forma en sí misma, con el propósito de proteger el consentimiento de las partes.

Sin embargo, es innegable que el formalismo informativo se apoya, en gran medida, en las menciones obligatorias consignadas en el texto del contrato. De hecho, son el instrumento más eficaz para darle a los contratantes

---

6 No hay que olvidar que el escrito es una forma independiente y como tal en sí mismo cumple una serie de funciones. Véase JACQUEMIN, óp. cit., p. 121.

7 GÉRARD COUTURIER, "Les finalités et les sanctions du formalisme", *Defrénois*, n.º 15-16, 2000, p. 886.

la información necesaria. Están relacionadas con los elementos esenciales del contrato y con las protecciones previstas por la ley[8].

La mención obligatoria es uno de los elementos que la ley utiliza frecuentemente para proteger a la parte más débil en el contrato. De ahí que el legislador establezca a menudo que el acto "debe contener menciones relativas a los elementos esenciales del contrato y a las protecciones otorgadas por la ley"[9].

Las legislaciones contemporáneas se caracterizan por la abundancia de menciones ya que representan la herramienta ideal para que las partes sean lo más explícitas posibles y, en consecuencia, se le permitan a las partes débiles conocer claramente la información relativa al contrato. "En términos materiales, la mención se manifiesta mediante una disposición particular (un cláusula o un mensaje) que consiste en una palabra o una determinada frase, legible o audible"[10].

Ciertamente, "las menciones obligatorias están llamadas a ilustrar al consumidor acerca de los puntos que el profesional podría mantener en la sombra en caso de que pudiera redactar libremente el contrato"[11]. La ley francesa exige, por ejemplo, que se incluyan en el contrato ciertas menciones obligatorias que tienen que ver con la identificación de quien presta el servicio, información sobre la prestación, precio, duración del contrato, derecho que le asiste eventualmente a la parte débil para renunciar al contrato y posibilidades de ponerle fin al contrato[12].

En efecto, el artículo L111-1 del Código del Consumo francés, que surgió a raíz de la Ley del 17 de marzo de 2014 relativa al consumo, establece que el profesional deberá comunicarle al consumidor, de manera

---

8 Ibíd., p. 885.

9 Philippe Malaurie, Laurent Aynes y Philippe Stoffel-Munck, *Droit civil, Les Obligations*, 2.ª ed., Paris, Defrénois, 2005, nº. 540.

10 Jacquemin, óp. cit., p. 85.

11 Jean Calais-Auloy y Frank Steinmetz, *Droit de la consommation*, 8.ª ed., Paris, Dalloz, 2010, p. 192.

12 "Este formalismo informativo garantiza la ejecución de una obligación precontractual de información de una de las partes hacia la otra, mediante el contenido obligatorio del acto". Véase Élise Charpentier, "Un paradoxe de la théorie du contrat: L'opposition formalisme/consensualisme", *Les cahiers du droit*, vol. 43, n.º 2, , 2002, p. 291.

legible y comprensible, las características esenciales del bien o del servicio, el precio, la fecha o el plazo dentro del cual el profesional se compromete a entregar el bien o a ejecutar el servicio en caso de no haber ejecución inmediata del contrato y una información relativa a su identidad, dirección postal, telefónica o electrónica y sus actividades, entre otros.

De la misma manera, el artículo L111-2 establece que todo profesional, antes de celebrar un contrato de suministro de servicios y cuando no haya contrato escrito, deberá poner a disposición del consumidor o comunicarle, de manera legible y comprensible, la información complementaria relativa a sus coordenadas, a su actividad como prestador de servicios y demás condiciones contractuales.

Asimismo, el artículo L221-5 del Código de Consumo francés consagra la obligación de información precontractual en materia de contratos de venta o de prestación de servicios. El profesional deberá comunicar al consumidor, de manera comprensible y legible, las características esenciales del bien o del servicio, el precio, la información acerca de la existencia (o ausencia) del derecho de retractación y sus modalidades de ejercicio. "Las ofertas realizadas por teléfono también están reglamentadas con la obligación, para el profesional que contacta a un consumidor de indicar, al inicio de la conversación, los elementos que permitan identificarlo, sabiendo que el profesional deberá enviar confirmación escrita de la oferta (Código del Consumo, artículo L221-16)"[13].

Además, el artículo L221-11 del mismo código estipula que cuando un contrato es celebrado a distancia, "el profesional le proporcionará al consumidor, de manera legible y comprensible, la información prevista en 1 del artículo L221-5 o la pondrá a su disposición por cualquier medio que se adapte a la técnica de comunicación a distancia utilizada". Más específicamente, cuando la técnica de comunicación a distancia utilizada impone límites de espacio o de tiempo para la presentación de la información, el profesional deberá proporcionarle al consumidor por lo menos la información relativa a las características esenciales de los bienes o servicios, su precio, su identidad, la duración del contrato y el derecho de retractación.

---

13 Thibault de Ravel Esclapon, "La loi Consommation décryptée", *Dalloz Actualité*, 1 avril 2014, p. 3.

En cuanto a las exigencias de menciones obligatorias en el derecho colombiano, para los contratos a distancia y para las ofertas a domicilio, el legislador, en el artículo 46 del Estatuto de Protección al Consumidor (Ley 1480 del 12 de octubre de 2011), estableció la obligación de informar al consumidor sobre el lugar de la transacción, la identidad del proveedor, la disponibilidad del producto, su derecho de retractación, el plazo para ejercerlo y el plazo durante el cual las condiciones de venta se mantendrán[14].

Igualmente, los artículos 23 y siguientes de dicho estatuto determinan qué información debe suministrarle el profesional al consumidor. Por ejemplo, está obligado a indicar con precisión cuáles son las características del bien o servicio objeto del contrato, el precio y las condiciones de las garantías.

Las menciones obligatorias son reglas de forma que se deben aplicar en el contenido del contrato con el propósito de proteger la voluntad de las partes. De ahí que

> para no aplicarlas, no basta con probar que la parte protegida haya sido plenamente informada. Encontramos aquí la idea de que la regla de forma, por definición, excluye el recurso a procedimientos equipolentes: no se puede descartar su aplicación argumentando que el resultado que se espera de la regla se obtuvo por un medio diferente al de la formalidad prescrita[15].

Sin embargo, en tanto que exigencias relativas al contenido del contrato, cabría interrogarse acerca de las consecuencias de las menciones obligatorias sobre la vigencia del principio de libertad contractual.

§2. MENCIONES OBLIGATORIAS Y LIBERTAD CONTRACTUAL

En algunos casos, además de determinar el objeto de la información, el legislador exige que se inserten determinadas frases en el texto del contrato. En otras palabras, el legislador impone específicamente la información que

---

14 MARIANA BERNAL FANDINO, "Ventas a distancia y su tratamiento en el nuevo estatuto del consumidor", *Universitas*, n.º 124, 2012, p. 7.

15 COUTURIER, óp. cit., p. 886.

deberá aparecer en las cláusulas del acuerdo[16] y, en ciertos casos, el propio contenido del contrato. Se habla entonces de "modelo de contrato"[17]. Cabe preguntarse entonces en qué medida las reglas del formalismo informativo pueden matizar el principio de libertad contractual.

Ciertamente, en tanto que reglas de forma, las menciones hacen referencia a la dimensión formal de la noción de libertad contractual, es decir a la posibilidad, para el contratante, de determinar libremente el medio de expresión de su voluntad. Luego, es posible preguntarse si, a pesar de la obligatoriedad de incluir ciertas menciones en el contrato, la libertad contractual sigue incólume y si dicha libertad sigue siendo un principio rector ante un contrato inundado de formas.

La multiplicación de formas y menciones obligatorias exigidas para la celebración de un contrato implica, hasta cierto punto que, por vía legal, se ha impuesto un contenido contractual. Esta invasión formalista de la que ha sido objeto el contrato lleva a que se plantee la pregunta sobre qué espacio le queda a la voluntad de las partes en el momento de la formación del contrato. Si se le impone al contrato un contenido al exigir que se incluyan menciones específicas, ¿siguen siendo las partes libres de contratar?

Para responder esta pregunta, resulta pertinente revisar la finalidad del formalismo informativo. En efecto, el formalismo contemporáneo reviste un carácter utilitario. Las menciones del derecho contemporáneo de los

---

16 En materia electrónica, la Ley sobre la Confianza en la Economía Digital (LCEN) estipula que las ofertas en línea deberán contener ciertas menciones obligatorias, originadas en la necesidad de proteger a las partes en el contrato electrónico. Por ejemplo, el artículo 19 de la LCEN establece, entre otras cosas, una obligación de transparencia en cuanto a la información sobre el precio. Así, este artículo exige que toda persona que ejerza la actividad de comercio electrónico, cada vez que mencione un precio, deberá indicarlo de manera clara, sin ambigüedad, particularmente en cuanto a si las tasas y gastos de envío se encuentran incluidos.

17 En este mismo sentido, Hervé Jacquemin expone la idea de los modelos de menciones y de contratos. "Concretamente, el método puede materializarse mediante la elaboración de un modelo de contrato, que las partes tendrán la obligación de utilizar", como, por ejemplo, el contrato de intermediación matrimonial, caso en el cual se elabora un modelo de contrato que cobra obligatoriedad mediante Resolución real del 18 de noviembre de 2005. JACQUEMIN, óp. cit., p. 87.

contratos son herramientas que el legislador utiliza para garantizar un consentimiento sano y libre de vicios.

De manera que, lejos de tratarse de restricciones contractuales de la libertad de las partes, dichas menciones constituyen un medio para llegar a la expresión de una voluntad libre, apta para formar el contrato[18]. Las menciones obligatorias son instrumentos en favor de la libertad contractual ya que buscan proteger la voluntad de la parte que se presume débil.

Según Jean Calais-Auloy y Frank Steinmetz: "las reglas que prevén menciones obligatorias tienen sencillamente un objetivo informativo y no afectan para nada la libertad contractual. Teóricamente, esta información permite a los consumidores adquirir compromisos con conocimiento de causa"[19].

Sin embargo, con frecuencia no se cumple el objetivo informativo debido a que, en ocasiones, los contratantes firman los contratos sin haberlos leído[20]. "Sin embargo, no por ello hay que renunciar a informar a los consumidores. Ahora, también es necesario sensibilizarlos frente a la importancia de las menciones en los documentos contractuales. Y, en ciertos casos, es oportuno simplificar la redacción de las menciones obligatorias"[21].

Teniendo en cuenta la importancia de las menciones obligatorias como mecanismos de protección de la voluntad, el legislador ha establecido exigencias específicas en relación con estos tipos de formas informativas.

B. EXIGENCIAS PARTICULARES PARA LAS MENCIONES OBLIGATORIAS

Con el fin de proteger efectivamente el consentimiento contractual, el legislador ha establecido una serie de exigencias específicas respecto de

---

18 Sin embargo, desde el punto de vista de la dimensión material de la libertad contractual, el formalismo contractual contemporáneo relativo a las menciones es criticable ya que a partir del momento en que se le impone un contenido al contrato, se dejan de cumplir todas las condiciones establecidas por la teoría clásica de la libertad contractual.

19 CALAIS-AULOY y STEINMETZ, óp. cit., p. 63.

20 Sobre la eficacia del formalismo informativo y sus paradojas, véase "Sección 3. Eficacia del formalismo informativo: críticas a la aplicación de las reglas del formalismo informativo del derecho del consumo y paradojas".

21 CALAIS-AULOY y STEINMETZ, óp. cit., p. 64.

las menciones obligatorias. Son múltiples y variadas. Hemos escogido las más importantes, entre las cuales la exigencia de una mención manuscrita (§1) y otras relativas a la apariencia y a la caligrafía (§2).

§1. LA MENCIÓN MANUSCRITA

La ley también ha impuesto exigencias de forma al obligar al contratante a "incluir ciertas menciones de su puño y letra sobre el documento que materializa el contrato"[22]. El carácter manuscrito de la mención permite, además de proporcionar la información pertinente sobre el contrato, autenticar la información que contiene. En algunos casos, "también tiene la función de llamar la atención de quien ha escrito el documento, en este caso, la parte débil"[23].

Por ejemplo, en el caso de las garantías, el artículo 1376 del Código Civil francés establece la obligación de consignar en el acto jurídico mediante el cual una sola de las partes se compromete con la otra a pagarle una suma de dinero o a entregarle un bien fungible, la mención "escrita de su puño y letra" de la suma de dinero o la cantidad en letras y cifras. En ese caso, la Corte de Casación decidió que la exigencia de una mención manuscrita constituía una condición para la validez del acto jurídico de garantía y no simplemente una condición de eficacia. En otras palabras, dicho texto estipula una regla de forma de validez y no solamente una regla de carácter probatorio[24].

De igual manera, cuando el acreedor pide una garantía solidaria, de acuerdo con el artículo L314-16 del Código de Consumo francés, se deberá completar la mención manuscrita de la siguiente manera: "Al renunciar

---

22 PAUL BRASSEUR, "Le formalisme dans la formation des contrats, Approches de droit comparé", en *Le processus de formation du contrat, Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant - LGDJ, 2002, p. 662.

23 JACQUEMIN, óp. cit., p. 94.

24 Véase, entre otros, L. AYNÈS, Observación sobre Cas 1º civ., Sentencia del 30 de junio de 1987, *D.* 1987, *somm. comm.* 444. Dicha solución fue considerada excesiva y demasiado rigurosa y fue abandonada posteriormente. En cuanto al abandono de esta jurisprudencia, véase Francia, Corte de Casación, Civ. 1.º civ, Sentencia del 29 de octubre de 2002, *Bull. civ.* I, n.º 248 y 250.

al beneficio de discusión definido en el artículo 2298 del Código Civil y obligarme solidariamente con X me comprometo a reembolsar el préstamo al acreedor sin derecho a exigir que aquel repita inicialmente contra X"[25]. Dichas menciones son exigidas so pena de nulidad del compromiso del garante. Le señalan al garante cual es el alcance de su compromiso.

La solemnidad que consiste en la mención escrita de puño y letra del contratante ha sido impuesta con el propósito de garantizar la protección de su consentimiento. Cabe preguntarse si dicha finalidad también se cumple en el supuesto de celebración de contratos de comercio electrónico.

Para comenzar, es necesario recalcar que el artículo 1174, inciso 2, del Código Civil francés establece que "Cuando se exija una mención escrita de puño y letra del obligado, este podrá consignarla por vía electrónica, siempre que lo haga en condiciones tales que se garantice que dicha mención tan solo pudo ser efectuada por él".

En este sentido "no habría razón para considerar que la función que le es asignada no pueda cumplirse en condiciones totalmente satisfactorias mediante el gesto que consiste en digitar en el teclado las menciones prescritas por la ley, en el supuesto, claro está, de que la desmaterialización del contrato haya sido aceptada"[26].

En efecto "digitar en un teclado frases, palabras, letras, cifras u otras fórmulas solemnes requiere, a nuestro juicio, de parte de quien se compromete, la misma atención y reflexión que requiere cuando inscribe esas mismas menciones de su puño y letra"[27].

El verdadero problema respecto de la mención manuscrita por vía electrónica es el de identificar a la persona que digita la mención obligatoria. Por ello, es necesario garantizar que aquella persona que se asume que es quien ha escrito esta información por vía informática es realmente aquella que está adquiriendo el compromiso en el contrato que se ha celebrado. A este respecto, es pertinente resaltar que independientemente de lo relativo a eventuales impugnaciones, las menciones manuscritas por vía electrónica

---

25 Calais-Auloy y Steinmetz, óp. cit., p. 422.

26 Florence Mas, *La conclusion des contrats du commerce électronique*, tesis, LGDJ, 2005, p. 330.

27 Ibíd.

deberían gozar, al igual que cualquier acto electrónico, de la presunción de autenticidad inherente a todo acto jurídico[28].

Así, en todos los casos, la mención obligatoria es un instrumento utilizado por el legislador con el fin de garantizar un consentimiento sano, y fruto de la reflexión de parte del consumidor. Para ello, el legislador ha acudido a algunas exigencias adicionales en relación con las menciones obligatorias, en lo que respecta a su apariencia y caligrafía.

§2. APARIENCIA Y CALIGRAFÍA DE LAS MENCIONES

Para informar al consumidor, la ley ha dispuesto una serie de exigencias respecto de las menciones obligatorias.

Las reglas del formalismo informativo también deben adecuarse a exigencias relacionadas con la apariencia de las menciones obligatorias. Para garantizar que las disposiciones contractuales sean debidamente tenidas en cuenta, es obligatorio que aparezcan en caracteres visibles, así como se exige que aquellas que están destinadas a garantizar su buena comprensión hagan uso de una determinada lengua[29]. "La legislación que busca proteger a la parte débil exige que algunas menciones aparezcan en negrita (a veces en fuente diferente), en una parte separada del texto o como inciso aparte"[30].

Por ejemplo, en el contrato de seguros, el artículo L112-4, inciso 2, del Código de Seguros estipula que las cláusulas que contemplan nulidad, caducidad o exclusión solo son válidas si aparecen en caracteres visibles.

---

28 Ibíd., p. 331.

29 "Además, con mayor frecuencia, la lengua constituye una condición de forma para la formación de los contratos de consumo. La ley francesa del 3 de diciembre de 1975 ya permitía obstaculizar la difusión, en Francia, de ofertas de venta o de servicios haciendo uso de términos en extranjeros. Esta fue reforzada por la Ley 94665 del 4 de agosto de 1994, conocida como 'ley Toubon'. A escala europea, la Directiva europea n.º 94-47-CE del 26 de octubre de 1994, relativa a la multipropiedad de tiempo compartido (*time-sharing*) impone que se redacte el contrato en la lengua del país en donde el comprador reside o del cual es ciudadano". BRASSEUR, óp. cit., p. 664. Sobre la exigencia de la lengua francesa, véase el aparte "§2. El alcance y los límites de la obligación general de información".

30 JACQUEMIN, óp. cit., p. 93.

En el mismo sentido, en un caso de ventas a distancia, los jueces consideraron que el comprador no había aceptado la cláusula relativa a los riesgos del transporte, que aparecían en el dorso de la orden de compra[31]. La jurisprudencia también protegió a la parte más débil con ocasión de la redacción de una cláusula de no amparo en el caso de un seguro o de una cláusula limitativa de responsabilidad ilegible o escrita en minúscula[32].

El legislador ha sido exigente en cuanto a las características del escrito e incluso en cuanto a la utilización de una determinada tipografía en el contrato. Por ejemplo, el artículo L312-8, primer inciso, del Código del Consumo francés precisa que

> En toda publicidad escrita, cualquiera que sea el soporte utilizado, deberán figurar las informaciones relativas a la naturaleza de la operación, duración y tasa global efectiva si hubiere lugar, y si se tratara de una tasa promocional al período durante el cual esta tasa resultará aplicable, al carácter fijo o revisable de la tasa global efectiva, utilizándose un tipo de letra de carácter más visible que el utilizado para indicar cualquier otra información concerniente a las características de la financiación, formando parte del cuerpo principal del texto publicitario.

Existen también otras exigencias en cuanto a la apariencia de las menciones impuestas por el legislador para destacar la fisionomía de las menciones. Es el caso, por ejemplo, de la necesidad de diferenciar unas menciones de otras para atraer la atención de los contratantes[33]. De esta manera, la información se hace más visible y permite resaltar más fácilmente ciertos datos.

En materia de telefonía móvil en Colombia, por ejemplo, en los contratos con los consumidores, el artículo 7.5.4 de la Resolución 336 de 2000 de la Comisión de Regulación de las Telecomunicaciones (CRT), en concordancia con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 41 de la Ley 1480 de 2011 (Estatuto de Protección del Consumidor), exige que la cláusula que

---

31 J. GHESTIN, Observación sobre Cas. 1.ª civ., Sentencia del 3 de mayo de 1979, *Bull. civ.* I, nº. 128, *D.*, 1980, I, 262.

32 Por ejemplo, BOCCARA, Observación sobre Cas. 1.ª civ., Sentencia del 27 de febrero de 1996, 1997, nº. 128.

33 JACQUEMIN, óp. cit., p. 93.

establece la permanencia obligatoria mínima deberá aparecer en otro color y en una caligrafía diferente de la del resto del contrato, y la letra en una fuente y tamaño diferente.

Las menciones obligatorias son las formas más comunes del formalismo informativo en el derecho contemporáneo. No cabe duda de que son instrumentos muy efectivos para informar a los contratantes y proteger así su voluntad. De otra parte, el legislador también acude a mecanismos complementarios para proteger el consentimiento contractual.

SECCIÓN 2. MECANISMOS COMPLEMENTARIOS DE PROTECCIÓN DE LA VOLUNTAD

Dentro de las reglas relativas al formalismo informativo en el derecho del consumo encontramos diferentes formas que buscan proteger la voluntad, como también instrumentos de los que la ley se sirve para el mismo fin, pero que no podrían ser calificados plenamente como formas del contrato. Sin embargo, teniendo en cuenta la función de protección de la voluntad que ejercen estos mecanismos complementarios, estudiaremos en las siguientes páginas el deber de lectura y reflexión (A), y la formación sucesiva del contrato (B).

A. DEBER DE LECTURA Y DE REFLEXIÓN

Entre los mecanismos complementarios de los que se sirve el legislador para proteger el consentimiento contractual, es necesario estudiar aquellos instrumentos que buscan que el consumidor comprenda el contenido del contrato. Para comenzar, analizaremos la obligación de leer el contenido del contrato (§1), y luego la noción y alcance del plazo concedido para la debida reflexión (§2).

§1. OBLIGACIÓN DE LECTURA DEL CONTENIDO DEL CONTRATO

Cabe anotar que, en el derecho contemporáneo, la exigencia de incluir en los contratos las menciones obligatorias, el control del contenido y la

apariencia de las menciones no bastan para informar a los contratantes y proteger efectivamente a la parte débil en el contrato.

Por ello, la doctrina fue elaborando progresivamente un nuevo concepto, complementario del formalismo informativo, conocido como "deber de lectura". Como afirma Couturier:

> La experiencia ha mostrado, sin embargo, que el contrato en sí mismo no constituía un vector de información totalmente confiable. Para que cada contratante sea debidamente informado, no basta con que haya sido redactado por escrito, que contenga cláusulas completas y explícitas y que se haya celebrado realmente, se requiere además que haya sido leído. El formalismo informativo aplicado al contrato resulta inoperante si no se inicia con el "deber de lectura"[34].

Es de recalcar que el "deber de lectura" no es una forma del contrato como tal, sino una obligación específica que se deriva de las formas informativas relativas a la formación del contrato. En otras palabras, el "deber de lectura" no podría considerarse forma en sí misma. Es una obligación complementaria para fines de la consecución del objetivo del formalismo informativo; es decir, proteger efectivamente la voluntad de las partes en el contrato.

En tanto que obligación a cargo del consumidor, el deber de lectura debe completarse con la ejecución de la obligación de claridad que le incumbe al profesional. Según el artículo L211-1 del Código del Consumo francés, "Las cláusulas de los contratos que los profesionales propongan a los consumidores o a los no profesionales deberán redactarse y presentarse de forma clara y comprensible".

Según el Código del Consumo, en caso de que el profesional no respete la obligación de claridad al insertar en el contrato cláusulas poco claras o ambiguas, se interpretará la cláusula en el sentido que le sea más favorable al consumidor.

Por lo tanto, el legislador ha establecido exigencias que tienden a que el consumidor comprenda el contenido del contrato y el alcance de las

---

34 Couturier, óp. cit., p. 886.

obligaciones que contiene. En cuanto al plazo para la reflexión, este es ciertamente uno de los mecanismos más efectivos para lograr dicha finalidad.

§2. PLAZO DE REFLEXIÓN

La finalidad más importante del formalismo informativo consiste en garantizarle a las partes la posibilidad de decidir, con pleno conocimiento de causa, protegiendo así el consentimiento. Ahora, para que dicha protección se materialice no basta con la mera exigencia, para el oferente, de proveer información; se necesita también concederle al aceptante el tiempo suficiente para que lea con atención la información y reflexione al respecto.

En efecto, celebrar contratos con pleno conocimiento de causa supone como primera medida haber sido debidamente informado, pero también tener suficiente tiempo para asimilar dicha información.

De ahí que el legislador contemporáneo haya establecido diversos mecanismos para garantizar a los contratantes que podrían comprometerse a la ligera y sin pleno conocimiento de causa un tiempo de reflexión, protegiendo así su voluntad.

El plazo de reflexión consiste en otorgarle al contratante un plazo previo a la celebración del contrato para que reflexione sobre su contenido y sobre las obligaciones que implica.

Se trata de una forma que refuerza y completa la efectividad de las formas informativas debido a que la información, si no es comprendida y no hay reflexión, no resulta eficaz a la hora de formar un consentimiento con pleno conocimiento de causa. En otras palabras,

> la reflexión es el complemento de la información. De nada sirve informar al consumidor si este no piensa bien, antes de firmar el contrato, acerca de la información que se le suministra. Es evidente que la ley no puede obligar a reflexionar a quien no quiere hacerlo, pero sí puede por lo menos obligar a los profesionales a dejarle a los consumidores un tiempo de reflexión, para que tengan la posibilidad de sopesar los pros y los contras antes de comprometerse[35].

---

35 JEAN CALAIS AULOY, "L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats", *RTD civ.* 1994, p. 241.

De manera que el mecanismo del plazo de reflexión busca proteger al consumidor contra las tentaciones y compromisos adquiridos a la ligera, y que son propios del entorno consumista.

> La publicidad que hacen los profesionales, así como las numerosas fórmulas de crédito, buscan atraer al consumidor. Y hay que evitar que asuma, demasiado pronto, compromisos respecto de los cuales no ha medido el alcance financiero y que pueda lamentar, una vez firmado el contrato. Para contrarrestar ese riesgo, las diferentes leyes han previsto técnicas específicas de protección de los consumidores, las cuales no cabe duda de que alteran el esquema contractual clásico[36].

En este sentido, se le prohíbe al destinatario de la oferta que la acepte antes de transcurrido cierto lapso de tiempo desde el momento en que la recibió. Por el contrario, el aceptante/consumidor deberá aprovechar dicho plazo para pensar, razonar y reflexionar sobre el contenido del contrato y las obligaciones que implica.

> El legislador impone un período precontractual, lo cual resulta original y evita que el consumidor se comprometa a la ligera. A partir del momento de la entrega de la oferta escrita, el consumidor contará con un plazo para la debida reflexión, y podrá aprovecharlo para pedir asesoría y preguntarse a sí mismo si realmente le conviene comprar a crédito[37]. El proceso contractual se hace más lento[38].
>
> Con esta parálisis temporal del proceso de formación del contrato se espera que el interesado reflexione sobre el alcance de su compromiso. Una aceptación prematura sería ineficaz. Sin embargo, el reiterar dicha aceptación, después de transcurrido cierto tiempo de reflexión, le dará nacimiento al contrato, por lo menos cuando esta reiteración ocurre antes de que la oferta haya caducado[39].

---

36 Anne Sinay-Cytermann, "Les relations entre professionnels et consommateurs en droit français". En *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Paris, LGDJ, 1996, p. 253.

37 En cuanto a la protección de los prestatarios en el campo inmobiliario.

38 Sinay-Cytermann, óp. cit., p. 253.

39 François Terré, Philippe Simler e Yves Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 11.ª ed., Paris, Dalloz, 2013, p. 297.

En este sentido, mediante el empleo del mecanismo del plazo de reflexión, el contrato solo se forma después de transcurrido el tiempo de reflexión.

Por ejemplo, en Francia, en el caso de la exigencia evocada en el artículo L271-1 del Código de Construcción y Vivienda, se otorga un plazo de reflexión de diez días al adquirente no profesional cuando la venta está relacionada con un inmueble para ser usado como vivienda. El comprador no profesional goza entonces de un plazo de reflexión, durante el cual no podrá firmar el documento público.

En materia de crédito inmobiliario, el artículo L313-19 del Código del Consumo francés estipula que "la aceptación de la oferta por el prestatario y los garantes se producirá una vez transcurrido un plazo de diez días después de la fecha de su recepción".

En materia de ventas domiciliarias financieras, el artículo L341-16 del Código Monetario y Financiero concede a las personas objeto de la oferta, un plazo de 48 horas "para recibir suministro de servicios de recepción-transmisión y ejecución de órdenes por cuenta de terceros mencionados en el artículo L321-1 o de instrumentos financieros mencionados en el artículo L211-1". El inciso 2 del IV del mismo artículo estipula que "este plazo de reflexión empezará a contar a partir del día siguiente a la entrega de un recibo en el que se realice la comunicación por escrito a la persona visitada, en soporte papel, de la información y documentos previstos en el artículo L341-12" del mismo código. Y finalmente, el inciso 3 del mismo artículo establece que el silencio de la persona a la que se haya realizado la oferta tras expirar el plazo de reflexión no podrá considerarse un signo de consentimiento de esta.

No se debe caer en el error de confundir las nociones de plazo de retractación[40] y plazo de reflexión. La retractación implica una "manifestación de voluntad contraria, mediante la cual el autor de un acto o de una manifestación unilateral de voluntad expresa su intención de revertir su decisión y retirarla como si no hubiere sido dada, con el propósito de privarla de

40 A propósito del derecho de retractación, véase Decreto del 17 de septiembre de 2014, relativo a la obligación de información precontractual y contractual de los consumidores y al derecho de retractación.

todo efecto pasado o futuro"[41]. De manera que el plazo de retractación es un "término durante el cual quien tiene a su haber una facultad de retractación puede, discrecionalmente, desistir de su consentimiento"[42].

Encontramos un ejemplo de plazo de retractación en materia de ventas domiciliarias financieras en el artículo L341-16 nº. I del Código Monetario, que le concede a la persona a la que se le realice la oferta domiciliaria un plazo de catorce días para retractarse, ya sea a partir de la celebración del contrato o a partir del día en que la persona visitada recibe las condiciones contractuales y la información, cuando esta diligencia se haya realizado en un fecha posterior a la celebración del contrato. En este sentido, es evidente que el plazo de retractación implica una facultad y, por lo tanto, un derecho que la parte es libre de ejercer o descartar[43].

En el derecho colombiano también encontramos un ejemplo del derecho de retractación en el artículo 47 del Estatuto de Protección del Consumidor (Ley 1480 de 2011). De acuerdo con este artículo en los casos de ventas a distancia y modalidades no tradicionales de celebración de contratos, el consumidor tendrá un plazo de cinco días, contados a partir de la entrega del bien o de la celebración del contrato, para desistir de su compromiso.

En cambio, el plazo de reflexión es un mecanismo exigido por la ley antes de la celebración de un contrato. Le impone al profesional el deber de dejarle al consumidor cierto tiempo de reflexión antes de dar su consentimiento definitivo. Respetar el plazo de reflexión no es una facultad sino una obligación.

La diferencia entre el plazo de reflexión y el de retractación es evidente. En el primer caso, se trata de una "forma"[44] requerida dentro del proceso de

---

41 Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, 8.ª ed., Paris, puf, 2008, "Rétractation".

42 Ibíd.

43 "Hay quienes consideran que la facultad de renuncia menoscaba la fuerza obligatoria de los contratos. A mi juicio, sería más preciso decir que la firma no basta para celebrar el contrato ya que es dada por un consumidor cuyo consentimiento es aún embrionario". Jean Calais Auloy, "L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats", *RTD civ.*, 1994, p. 242.

44 A pesar de la posición de algunos autores, no se podría realmente afirmar que el plazo de reflexión sea una forma en el marco del contrato. Una forma es la estructura y el contorno que toma la voluntad individual. Se considera que el plazo de reflexión es más

formación del contrato. En el segundo, en cambio, se trata de la posibilidad de retractarse que tiene quien acepta la oferta, lo que excluye cualquier eventualidad de encontrarse ante una formalidad ya que lo que la define es su carácter obligatorio y exclusivo. Cuando el legislador establece un plazo de reflexión, el contrato solo se forma una vez transcurrido dicho plazo, y cuando la parte expresa su consentimiento definitivo. Por el contrario, el plazo de retractación es una medida correctiva, una facultad que se le otorga a la parte que ya ha dado su consentimiento para dar paso atrás.

Habida cuenta de estas diferencias y de las características del plazo de reflexión que hacen de él un instrumento complementario del formalismo informativo, en estas páginas estudiamos este caso específico, más no el plazo de retractación propiamente dicho. Aunque según algunos autores el derecho de retractación es una modalidad del plazo de reflexión, resulta pertinente conocer las diferencias entre los dos tipos de plazos.

Sin embargo, el legislador no se limitó a consagrar mecanismos complementarios de protección de la voluntad del consumidor. Por esa razón, estudiaremos ahora la formación sucesiva del contrato.

B. formación sucesiva del contrato

En efecto, el legislador contemporáneo ha establecido medidas tendientes a alargar el proceso de formación del contrato y de este modo proteger la voluntad de las partes. Para analizar esta técnica legislativa comenzaremos abordando la naturaleza del mecanismo de protección (§1), para tratar luego las etapas de formación del contrato electrónico (§2).

§1. el mecanismo de protección de la voluntad

En la práctica, la formación de los contratos no sucede de manera instantánea. La celebración del contrato se da a través de la activación de una serie de etapas progresivas dentro de la negociación. "La imagen del contrato que se forma 'en un soplo de la razón' mediante el encuentro de la oferta y

---

bien un mecanismo complementario de las formas informativas, en aras de la protección de la voluntad.

de la aceptación, si bien corresponde a buena parte de la vida contractual, particularmente en el caso de los contratos de la vida corriente, no rinde cuenta, sin embargo, de la totalidad de los casos"[45].

De manera que, ante los riesgos del comercio contemporáneo, ágil y en ocasiones sistematizado, el derecho contemporáneo ha desarrollado "mecanismos que tienen el poder de prolongar, en el tiempo, el momento crucial de formación del contrato y fraccionarlo concediéndole al cliente una serie de espacios de tiempo que propician la reflexión"[46].

En efecto, el formalismo sucesivo o por etapas es un mecanismo del derecho contemporáneo que se emplea para que el cocontratante adquiera verdadera consciencia del compromiso que implica el contrato y para que se produzca paso a paso la interiorización de su contenido y de su alcance. Se trata de una "forma" diferente de las formalidades clásicas, que no implica obligatoriamente un escrito o una escritura pública, sino que conlleva a la exigencia de celebrar el contrato respetando una serie de etapas que se encadenan de manera sucesiva y lógica.

De otra parte,

> cuando la negociación es larga y delicada, en ocasiones los interesados sienten la necesidad de marcar una pausa y hacer el balance de los puntos respecto de los cuales ya han llegado a un acuerdo. La terminología empleada para designar estas prácticas es fluctuante. Para designarla, algunos utilizan el término alemán *ponctuation,* mientras que otros prefieren habar de "acuerdo de principio"[47].

Entonces, el momento de celebración del contrato se extiende en el tiempo, y todo este proceso de formación del contrato tiene como finalidad la formación de un consentimiento informado y consciente.

---

45 Terré, Simler y Lequette, óp. cit., p. 181.

46 Marie Demoulin y Etienne Montero, "La conclusion des contrats par voie électronique", en *Le processus de formation du contrat: contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 752.

47 Terré, Simler y Lequette, óp. cit., p. 185.

De acuerdo con esta tesis, el contrato no se celebra de manera instantánea sino de manera sucesiva, y se perfecciona unos días después del primer contacto entre el profesional y el consumidor[48]. Así,

> las partes avanzan por etapas, poniéndose de acuerdo punto por punto; debaten sobre cada cláusula, y su acuerdo global finaliza durante un *closing* (cierre) que, en principio, (en la mente de las partes) es una mera formalidad (lo esencial ya está hecho), pero al cual el derecho de contratos, que solo ha visto el encuentro entre una "oferta" y una "aceptación" globales, le otorgará el valor supremo de formación del contrato[49].

En el proceso de formación del contrato, en ocasiones las partes celebran un acuerdo parcial a través de documentos intermedios respecto de los cuales lo difícil será determinar su valor jurídico.

> La cuestión esencial será entonces, en caso de litigio, sopesar las intenciones de las partes para apreciar hasta dónde se sentían ligadas por su acuerdo. Por ejemplo, un acuerdo de principio significa que las dos partes están de acuerdo en cuanto al principio de celebrar un contrato entre sí, sabiendo que quedan por negociar las modalidades precisas del acuerdo, naturalmente basados en la obligación de negociar de buena fe[50].

Viene luego el tema de saber cuál es el umbral que separa las negociaciones propiamente y la celebración del contrato[51]. A propósito del momento de celebración del contrato que se forma por etapas o capas sucesivas, el Código Civil francés no enuncia ninguna directiva general. Sin embargo, la jurisprudencia francesa ha establecido que un contrato se considera formado tan pronto ha habido acuerdo sobre los elementos esenciales del contrato[52].

---

48 Vassili Christianos, *Délai de réflexion: théorie et efficacité de la protection des consommateurs*, tesis, Dalloz, 1993, p. 30.

49 Ibíd.

50 Ibíd.

51 Para mayor información al respecto, véase Anne Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat,* tesis, PU Aix Marseille, 1992.

52 Véase, por ejemplo, Francia, Corte de Casación. Cass. Req. Sentencia del 1.º diciembre

En tales condiciones, la formación del contrato, fraccionada en diversas etapas, cumple una función preventiva. La realización de cada etapa le da al contratante la oportunidad de reflexionar e incluso corregir los errores cometidos al captar la información, permitiéndole evitar así dar un consentimiento viciado, con errores y confusiones. De tal manera que la aceptación del contenido del contrato será el resultado de la reflexión, lo cual evita que se celebre un contrato fruto de confusión o malentendido.

Las formas sucesivas pueden consistir sencillamente en un plazo para reflexión, lo cual genera la prolongación del proceso de formación del contrato, tal como sucede en el caso del crédito inmobiliario citado con anterioridad.

La formación sucesiva del contrato implica, claro está, que se cumpla con ciertas obligaciones, como por ejemplo la obligación de entregar previamente documentos contractuales. Cumplir con esta obligación implica que el contrato es un proceso en el cual el consumidor deberá leer cuidadosamente el contenido del contrato antes de firmarlo.

> Esto supone que pueda obtener, antes de adquirir cualquier compromiso, el documento contractual y conservarlo algunos días. Ahora bien, algunos profesionales se niegan a entregar los documentos hasta tanto no se haya celebrado el contrato, lo cual priva al consumidor de la posibilidad de pensar detenidamente[53] acerca de las cláusula del contrato antes de firmarlo[54].

Sin embargo, también es posible encontrar formas sucesivas que consisten en cumplir obligatoriamente con ciertas etapas precisas definidas antes de la celebración del contrato. Así sucede, por ejemplo, en lo que respecta a la formación del contrato electrónico.

---

de 1885, S. 1887.1.167, Grandes fallos nº. 146; G. Cornu, Observación sobre Cass. 1.ª civ., Sentencia del 26 de noviembre de 1962, *D.* 1963.61, *RTD civ.* 1963.364.

53 En este sentido, la obligación que consiste en la entrega previa de los documentos contractuales es complementaria del plazo de reflexión ya que el consumidor necesita conocer los documentos contractuales para reflexionar al respecto. Sobre el derecho de reflexión, véase el aparte "A. Deber de lectura y de reflexión".

54 Calais-Auloy y Steinmetz, óp. cit., p. 193.

§2. ETAPAS DEL PROCESO DE FORMACIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

La "solemnización" del momento del compromiso adquirido por vía electrónica evita que la facilidad y el placer de un clic supriman el momento en el que prima la razón y durante el cual la parte débil en el contrato debe realizar un esfuerzo de escritura o de comprensión[55].

Frente a los riesgos inherentes a la celebración de un contrato por vía electrónica, el legislador optó por la misión de proteger el consentimiento de los contratantes. Uno de los instrumentos utilizados es el aumento de las formas informativas en el momento de formación del contrato.

Además de las múltiples menciones obligatorias que deben figurar en el contenido del contrato[56], el legislador estableció la obligación, para los contratantes, de respetar un proceso detallado para garantizarle a quien acepte una oferta electrónica la oportunidad de que reflexione y proceda a dar su consentimiento solamente después de haber comprendido realmente el contenido y el alcance del compromiso que implica el contrato[57].

En efecto, el primer inciso del artículo 1127-2 del Código Civil consagra el sistema de emisión de una aceptación comprobada y confirmada. Dicho sistema protege a quien acepta la oferta contra los riesgos de errores y contra compromisos mal entendidos[58].

---

55 Luc Grynbaum, "Loi économie numérique: le sacre des égalités formelles", *RDC*, avril 2005.

56 Véase el aparte "Título II. Alcance del formalismo informativo".

57 A propósito del proceso de formación del contrato electrónico, el artículo 1127-1 del Código Civil francés establece la obligación, a cargo del oferente profesional, de mencionar, en su oferta, las diferentes etapas que se deben surtir para la celebración del contrato, así como los instrumentos para que el consumidor pueda identificar los errores que puede cometer al expresar su consentimiento. Acerca de esta exigencia, cabe mencionar que no se trata de una forma propia del formalismo por etapas o sucesivo. En cambio, se trata puntualmente de la exigencia de incluir en el contrato menciones obligatorios, forma que es diferente de aquella que se relaciona con el proceso de formación del contrato.

58 Para saber más sobre el encuentro de voluntades por vía electrónica, véase el aparte "§2. El encuentro de voluntades por vía electrónica".

Aquí encontramos una perfecta ilustración cronológica del procedimiento de aceptación por vía electrónica. El internauta verifica, luego corrige y finalmente confirma su pedido. Así, se prolonga en el tiempo la voluntad del internauta para darle la oportunidad de corregir eventuales errores antes de expresar su aceptación. La ley prevé el caso de que haya alguna equivocación al cliquear o de haberlo hecho de manera involuntaria. Así, el cliente puede corregir su pedido. "Es así como se construye el consentimiento del internauta: página por página, un clic y después otro clic. Se va aceptando paso a paso cada elemento del contrato, siguiendo obligatoriamente las etapas previstas, según un orden determinado"[59].

De acuerdo con Demoulin y Montero, "en estas condiciones, el mito del contrato celebrado a toda prisa por vía electrónica, bajo el efecto de una 'compra impulsiva' parece quedar sin fundamento. Por el contrario, se está realmente en presencia de una 'formación sucesiva del consentimiento por vía electrónica'"[60].

En consecuencia, se podría admitir la existencia de un nuevo tipo de formas en el derecho contemporáneo: el formalismo sucesivo o por etapas, ampliamente consagrado por el legislador, y que busca garantizar que el contratante reciba verdaderamente información sobre el contenido del contrato.

Es evidente que las formas informativas del derecho del consumo son múltiples y variadas, pero su verdadero alcance no quedaría realmente definido si no se estudia la fuerza del formalismo informativo, tema que abordaremos en el capítulo siguiente.

---

59 Demoulin y Montero, óp. cit., p. 753.

60 Ibíd., p. 754.

CAPÍTULO 2

Fuerza del formalismo informativo

Las manifestaciones del formalismo informativo en el derecho contemporáneo son múltiples y diversas. Sin embargo, con el fin de definir su verdadero alcance es necesario abordar el tema de la fuerza del formalismo informativo.

En este sentido, resulta pertinente estudiar, para comenzar, los campos de aplicación del formalismo informativo (sección 1), antes de abordar las sanciones aplicables en caso de desconocimiento de sus reglas (sección 2), para analizar finalmente su eficacia y las críticas sobre su aplicación en el derecho del consumo (sección 3).

SECCIÓN 1. CAMPOS DE APLICACIÓN

En la legislación contemporánea, las reglas sobre las formas han ido multiplicándose mediante una serie de disposiciones que protegen la voluntad de los contratantes. De ahí que las aplicaciones del formalismo informativo en las legislaciones contemporáneas sean múltiples y diversas.

Abundan los ejemplos de derechos especiales que dicho formalismo ha invadido. Sin embargo, este renacimiento del formalismo como mecanismo llamado a proteger la voluntad individual se ha producido progresivamente y sin visión de conjunto, dando así cierta impresión de desorden en cuanto al conjunto de reglas del formalismo informativo.

Frente a estos retos, abordar el tema de su campo de aplicación es un trabajo realmente valeroso, ya que el objeto de estudio es muy vasto y las materias que se examinan son muy diversas. De manera que tan solo un método equilibrado pero flexible nos permitirá abordar sus aplicaciones en el derecho contemporáneo.

El método utilizado para abordar el campo de aplicación del formalismo informativo consiste en agrupar y clasificar las materias en donde sus reglas son más visibles y abundantes. Además, las clasificaciones tienen la ventaja de visibilizar las características principales de los elementos clasificados y resaltar así sus semejanzas y diferencias. De esta manera podremos revisar los diferentes terrenos de los derechos especiales en donde el formalismo informativo ha sido realmente fecundo.

Generalmente, el formalismo informativo se usa en presencia de los consumidores para garantizar que adquieran su compromiso con conocimiento de causa antes de firmar un contrato, que deberá haber sido leído

cuidadosamente (A). Sin embargo, cabe recalcar que dicho formalismo no se limita al campo del derecho del consumo. En otras palabras, en ocasiones la ley exige formas informativas para contratos en los cuales el consumidor no es cocontratante (B).

A. Manifestaciones del formalismo informativo en contratos celebrados con consumidores

Como lo hemos mencionado en varias oportunidades, el derecho del consumo es el campo más fértil del derecho privado contemporáneo para el desarrollo del formalismo informativo. La necesidad de combatir los desequilibrios contractuales naturales en el derecho del consumo y la necesidad de proteger al consumidor[1], siendo la parte que se presume débil, fueron las causas más evidentes de su desarrollo contemporáneo.

Para estudiar las diversas manifestaciones resulta lógico comenzar por el análisis de las legislaciones especiales destinadas a proteger la voluntad del consumidor (§1), antes de abordar sus reglas en materia de comercio electrónico (§2).

§1. Legislaciones que protegen la voluntad del consumidor: en materia de contrato de viaje, derecho bancario y derecho de seguros

No cabe duda de que el derecho del consumo es el terreno más fértil para el desarrollo del formalismo informativo. De hecho, los fundamentos del renacimiento del formalismo en el derecho contemporáneo de los contratos y las razones del movimiento del formalismo informativo estuvieron determinados por la dinámica y los desafíos propios del derecho del consumo.

En efecto, ha sido con la intención de proteger la voluntad de la parte que se presume débil, es decir el consumidor, que las exigencias de forma

---

1 Se puede definir a los consumidores como "personas naturales o jurídicas de derecho privado que adquieren o utilizan bienes o servicios para fines no profesionales". Jean Calais-Auloy y Jean Steinmetz, *Droit de la consommation*, 8.ª ed., Paris, Dalloz, 2010.

se han multiplicado. En el Código del Consumo abundan las exigencias de formas informativas que buscan proteger el consentimiento contractual[2].

En esta misma línea, varias legislaciones de derecho contemporáneo consagran formas informativas con el fin de proteger la voluntad de las partes. Por ejemplo, en el caso de un contrato de viaje, el objetivo del legislador es el de proteger la voluntad de la parte más débil en este caso específico, a saber, el viajero.

De hecho "el desarrollo de las comunicaciones y el crecimiento de las actividades de esparcimiento tienden a hacer del viaje un objeto de consumo de masas, y del viajero un contratante desarmado frente a los profesionales del transporte y del turismo"[3]. De ahí que la ley relativa al contrato de viaje consagre la protección del "consumidor turista".

En Francia, los artículos L211-8 y siguientes del Código de Turismo consagra la obligación, para el vendedor, de suministrar información por escrito a los interesados sobre el contenido de las prestaciones propuestas, el transporte y la estadía, el precio y las modalidades pago, las condiciones de anulación y las de paso de fronteras. Más adelante, el artículo L211-10 establece una obligación importante de información a cargo del profesional. En efecto, este artículo estipula que el contrato deberá incluir todas

> las indicaciones relativas a los nombres y direcciones del organizador, vendedor, garante y asegurador, descripción de las prestaciones, derechos y obligaciones recíprocos de las partes en materia especialmente de precios, calendario, modalidades de pago y eventual revisión de precios, anulación o cesión del contrato, e información del comprador antes del inicio del viaje o de la estadía.

En materia de seguros, el formalismo informativo tiene aplicaciones importantes. En efecto, el Código de Seguros, en su artículo L112-2, modificado por la ordenanza del 20 de agosto de 2015, estipula que "el asegurador deberá obligatoriamente suministrar, antes de la celebración del contrato,

---

2 Sobre las formas legales del derecho del consumo, véase "Sección 1. Menciones obligatorias".

3 Jean Calais Auloy, "L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats", *RTD civ.*, 1994, p. 293.

una ficha informativa sobre el precio y las garantías". En este sentido, antes de la celebración del contrato, el asegurador deberá entregar al asegurado "un ejemplar del proyecto de contrato y de sus documentos anexos o una reseña informativa sobre el contrato, en donde se describan con precisión las garantías junto con las exclusiones, así como las obligaciones del asegurado". Los documentos que se le entreguen al tomador de un seguro deberán precisar

> la ley aplicable al contrato en caso de que no fuere la ley francesa, las modalidades de examen de los reclamos que este pudiere formular respecto del contrato, incluyendo, de ser necesario, la existencia de una instancia encargada en particular de este examen, sin perjuicio para él de entablar una acción judicial, al igual que la dirección del domicilio social y, de ser necesario, de la sucursal encargada de conceder la cobertura.

El derecho colombiano le impone la obligación de información al asegurador y, además, exige que sean insertadas ciertas cláusulas en caracteres visibles y legibles[4], como es el caso, por ejemplo, de la cláusula de extinción automática del contrato de seguros en caso de incumplimiento en el pago[5].

De otra parte, en el derecho bancario existen diferentes textos legales que imponen que se respeten algunas formas informativas en el momento de la celebración del contrato. Frente a los nuevos peligros, resulta indispensable proteger la voluntad del consumidor de productos bancarios.

Desde los primeros años, el legislador estableció reglas de protección del consumidor-prestatario. En Francia, la Ley del 10 de enero de 1978 relativa a la información y protección de los consumidores en el campo de ciertas operaciones crediticias, codificada en los artículos L311-1 y siguientes del Código del Consumo, tenía como propósito proteger a los consumidores en las operaciones de crédito. Más adelante, la Ley del 13 de

---

4 JARAMILLO, Carlos Ignacio. *Derecho Privado, Derecho de Contratos*, v. 2, ed. Ibáñez, 2014, p. 1354.

5 Circular Externa 7 de 1996 y Circular Básica Jurídica 029 de 2014 de la Superintendencia Financiera de Colombia. Disponible en: https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?lServicio=Publicaciones&lTipo=publicaciones&lFuncion=loadContenidoPublicacion&id=10083443.

julio de 1979 impuso reglas de protección e información a los prestatarios en el campo inmobiliario. Asimismo, la Ley bancaria del 24 de enero de 1984, relativa a la actividad y control de los establecimientos crediticios, reconoce algunas medidas en favor de los consumidores.

> Más adelante, otros textos precisaron las obligaciones de parte de los establecimientos de crédito o indicaron las expectativas legítimas de sus clientes. Es el caso, por ejemplo, de la Ley del 30 de diciembre de 1991 relativa a la prohibición bancaria o de la Ley del 29 de julio de 1998 relativa a la lucha contra la exclusión, instaurando así un verdadero derecho a tener una cuenta. Cabe citar también la Ley del 15 de noviembre de 2001 sobre la seguridad cotidiana[6].

El formalismo informativo en el derecho bancario tuvo como resultado la reglamentación del contenido de los contratos. En efecto, el legislador impuso la utilización de formularios proforma. Se trata de formularios que tienen un contenido predeterminado según la operación y tienen como propósito informar al prestatario acerca del crédito convenido.

En cuanto a la protección del garante, el artículo L314-16 del Código del Consumo en Francia exige que se incluya un texto manuscrito cuyo contenido está predeterminado y debe ser seguido a la letra[7]. De hecho "la mención manuscrita es impuesta de antemano para que el garante pueda medir el alcance de su compromiso. Así debe quedar informado acerca del alcance de su firma"[8].

En materia de crédito de consumo, la reforma introducida por la Ley del 1.º de julio de 2010, conocida como Ley Lagarde, estableció reglas importantes para la agrupación de créditos[9]. Sin embargo, fue el Decreto del 30 de abril de 2012 el que estableció las reglas relativas a la obligación

---

6 Hélène Davo, "Formalisme bancaire et protection du consommateur", en *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, p. 329.

7 Sobre las particularidades de la mención manuscrita, véase "§1. La mención manuscrita".

8 Davo, óp. cit., p. 334.

9 "La agrupación de créditos es una operación financiera que consiste en reembolsar las deudas (crédito inmobiliario, créditos de consumo, crédito *revolving,* crédito para compra de vehículo, crédito para obras) adquiridas con uno o más organismos crediticios, suscribiendo un préstamo único, qué es otorgado por un organismo bancario

de informar al prestatario con ocasión de la celebración de operaciones de compra de cartera. Esta norma impone al prestamista o al intermediario la obligación de elaborar, antes de cualquier ofrecimiento de agrupación de crédito, un documento que permita desglosar las modalidades, características y el balance de la operación. Ese documento se elaborará con base en la información entregada por el prestatario. Si el prestatario no cuenta con suficiente información, el prestamista o el intermediario deberá entonces ponerlo al tanto de las posibles consecuencias de la operación de agrupación.

En el derecho colombiano, el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, llamado Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, establece la obligación de suministrar a los consumidores de servicios financieros la información necesaria para obtener relaciones transparentes basadas en consentimientos informados y objetivos. Además, el artículo 98 de ese mismo Estatuto establece que los organismos financieros deberán entregarle al consumidor información suficiente y oportuna con el fin de permitirle comparar las condiciones financieras que ofrece el mercado. De otra parte, el artículo 9 de la Ley 1328 de 2009[10] determina el contenido mínimo de la información que se le debe suministrar a los consumidores financieros en el contrato. Es así como el profesional debe informar al consumidor financiero sobre las características del producto-servicio, sus derechos y obligaciones, las tarifas y precios, y las consecuencias que se derivan del incumplimiento del contrato.

Podemos constatar entonces que la legislación colombiana establece de manera general la obligación de informar al consumidor financiero, pero no precisa el detalle de las obligaciones a cargo del profesional[11].

Estas aplicaciones del formalismo informativo muestran claramente el deseo de proteger al contratante más débil al imponer unas exigencias

---

especializado en este tipo de operaciones". Stéphane Piedelievre, "Le consommateur et le regroupement de crédit", *Gazette du Palais*, 6 y 7 de junio de 2012, p. 5.

10 Esta ley contiene, en el derecho colombiano, la primera alusión expresa a la noción de "consumidor financiero" y la definición literal del concepto. Esta ley también establece el concepto de "defensor del consumidor financiero".

11 Ligia Catherine Arias Barrera, "Derecho del consumidor y su aplicación en el sector financiero", *Revista Emercatoria*, v. 7, n.º 1, 2008, p. 13.

precisas con el fin de que el consentimiento sea informado y fruto de la reflexión.

La protección del consumidor se extiende también a la celebración de contratos por redes electrónicas, en donde hay algunas especificidades que deben ser tomadas en cuenta. De ahí la utilidad de interrogarse sobre las aplicaciones del formalismo informativo en materia de comercio electrónico y de protección del ciberconsumidor.

§2. EL FORMALISMO INFORMATIVO EN MATERIA DE COMERCIO ELECTRÓNICO

El contrato electrónico no es un tipo especial de contrato. En efecto, en los contratos de comercio electrónico nos encontramos en presencia de contratos regidos por el derecho común o especial, celebrados por vía electrónica. Solo se diferencian de los clásicos por sus modalidades de formación y sus formas de expresión.

Sin embargo, el mero hecho de celebrar un contrato por vía electrónica conlleva a dificultades particulares, más aún cuando, como en la mayoría de los casos, una de las partes en el contrato electrónico es un consumidor.

> Ahora bien, la distancia entre él [el consumidor] y el profesional que ofrece la prestación es fuente de dificultades. Le será difícil percibir las cualidades o defectos de los productos o servicios. Además el carácter impersonal de la relación que se establece a través de la red hace difícil que el profesional pueda darle consejo. Y la atracción que la pantalla del computador ejerce sobre el consumidor, a imagen de lo que sucede con el televisor, puede llevarlo a comprometerse a la ligera[12].

Frente a estas dificultades, inherentes a los contratos que celebran los consumidores por vía electrónica, la ley ha consagrado diferentes formas informativas con el fin de informar al consumidor. Algunas reglas de derecho común del contrato electrónico son aplicables[13], pero el consumidor

---

12 JERÔME HUET, "Libres propos sur la protection des consommateurs dans le commerce électronique", en *Mélanges Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 20013, p. 507.

13 Reglas aplicables a la celebración de contratos por vía electrónica, relativas a la información

electrónico también tiene a su favor reglas propias del derecho del consumo, aplicables a los contratos celebrados a distancia entre un consumidor y un profesional.

El derecho del consumo colombiano estipula en el artículo 5 de la Ley 1480 de 2011 que en las operaciones de comercio electrónico el consumidor deberá recibir información sobre la identidad del profesional, así como sus datos de contacto. Además, el profesional deberá informar acerca de las características particulares del producto o servicio y de sus calidades específicas; y sobre los medios disponibles para efectuar el pago, los plazos de entrega del bien o de la ejecución del servicio, el derecho de retractación del consumidor, y el procedimiento para ejercerlo[14].

Es evidente que las legislaciones contemporáneas se ocupan ampliamente de consagrar las formas informativas para proteger la voluntad del consumidor. Sin embargo, el consumidor no es el único sujeto protegido por las formas informativas. El campo de aplicación del formalismo informativo también se extiende a los contratos celebrados con no consumidores.

B. Manifestaciones del formalismo informativo en los contratos celebrados con un no consumidor

La reciente multiplicación de textos legales que consagran reglas de formalismo informativo tiene como propósito proteger al cocontratante que se presume más débil. La debilidad no siempre procede de su condición de consumidor.

La debilidad del cocontratante objeto de protección puede proceder de la relación de poder y del estado de subordinación de los contratos de trabajo (§1) o provenir de otras situaciones, a raíz de particularidades propias de las relaciones de negocios entre comerciantes (§2).

---

precontractual y contractual del consumidor. Véase artículo 1125 y ss. del Código Civil francés.

14 Daniel Peña Valenzuela, "La protección del consumidor en el comercio electrónico", en *Perspectivas del derecho del consumo,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 481.

§1. Formalismo informativo en materia de contrato de trabajo

El contrato de trabajo es el "contrato mediante el cual un persona, denominada trabajador o asalariado, pone su fuerza de trabajo bajo la autoridad de otra, denominada empleador o patrono, recibiendo por ello el pago de un salario". Más precisamente, puede definirse como un "contrato sinalagmático a título oneroso, caracterizado por la realización de un trabajo como contraprestación del pago de una remuneración o por la existencia, en la ejecución del trabajo, de un vínculo de subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador"[15].

En la definición misma de contrato de trabajo se hace manifiesta la situación de inferioridad de una de las partes y el desequilibrio contractual que la caracteriza. Ciertamente, el trabajador es la parte débil en el contrato y, en consecuencia, el derecho social se ha ocupado de protegerlo.

En el derecho laboral, "la situación de inferioridad no parece ser tomada como un rasgo característico de tal o cual regla. Sería más bien una dimensión de esta rama completa del derecho, porque la protección del asalariado forma parte de su propia naturaleza"[16]. En otras palabras "la situación de inferioridad del asalariado dentro de su relación contractual con el empleador no está presente únicamente en el derecho laboral, sino que es elemento fundacional de dicho derecho"[17].

En este sentido, el contrato laboral se materializa partiendo de la idea de que existe una relación de poder. Un contrato celebrado como resultado del ejercicio de poder contradice, a primera vista, la esencia misma del contrato, que se fundamenta en la imagen de igualdad y de común acuerdo[18].

Sin embargo, el respeto que se le debe al individuo y a su libertad hizo necesario que el consentimiento se fundamentara en la existencia de un

---

15 Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, 8.ª ed., Paris, PUF, 2008, "Contrato de trabajo".

16 Gérard Couturier, "Les relations entre employeurs et salariés professionnels en droit français", en *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-Belges*, Paris, LGDJ, 1996, p. 143.

17 Ibíd., p. 144.

18 Gilles Auzero y Emmanuel Dockes, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 2015, p. 633.

poder jurídico. Se considera entonces que en un contrato de trabajo se está en presencia de un "poder admitido". De manera que el asalariado es subordinado porque así lo aceptó, y dicha subordinación llega hasta los límites de su consentimiento. "Lo que lleva a reconocer que el contrato individual es la fuente del poder jurídico del empleador y su primer límite. Dicho poder jurídico, designado desde el punto de vista del asalariado "subordinación jurídica", es entendido como cláusula implícita, incluida por la jurisprudencia como parte del contrato de trabajo[19].

De manera que el contrato de trabajo contiene como elemento característico esencial la subordinación y la dependencia de una parte respecto de la otra. El asalariado está sometido a la autoridad del empleador, quien dictará entonces el contenido del acuerdo y la manera como el contrato se ejecutará[20].

En consecuencia, el derecho laboral ha consagrado reglas que protegen la voluntad del trabajador y que están esencialmente destinadas a garantizar una determinada calidad en el consentimiento que ha otorgado. De manera que el formalismo sirve como instrumento para "atraer la atención del contratante débil respecto de ciertos aspectos del contrato celebrado, y establecer dichos puntos para que no haya equívocos"[21].

Así, por ejemplo, en los contratos particulares a término definido[22] o de tiempo parcial, la ley francesa establece que deben celebrarse por escrito y que se debe mencionar que se celebra por una duración determinada o por tiempo parcial. En efecto, el artículo L1242-12 del Código Laboral determina que el contrato de trabajo a término definido deberá elaborarse por escrito y deberá contener la definición precisa de aquello que lo motiva. De no aparecer dicha mención se considerará que el contrato se ha

---

19 Ibíd., p. 636.

20 Marie Fontaine, "La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (Rapports de Synthèse)", en *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, *Comparaisons franco-Belges*, dir. J. Ghestin y M. Fontaine, Paris, LGDJ, 1996, p. 619.

21 Couturier, óp. cit., p. 153.

22 El contrato de trabajo a término indefinido de tiempo completo no está sujeto a cláusulas específicas y no exige el cumplimiento de ninguna forma en particular. Sobre este tema, véase Viviane Vannes, *Le contrat de travail: aspects théoriques et pratiques*, 2.ª ed., Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 185, nº. 250.

firmado por término indefinido. El artículo en mención establece también que este tipo de contrato deberá contener cierta información como, por ejemplo, el nombre y la cualificación profesional de la persona que se va a reemplazar, en caso de tratarse de un reemplazo; la fecha de terminación y, de ser necesario, una cláusula de renovación cuando se haya precisado la fecha de terminación; el período mínimo de celebración cuando no haya fecha precisa de terminación.

Por lo demás, entre las principales aplicaciones del formalismo informativo, en materia de derecho laboral encontramos el caso del contrato de aprendizaje. Según el artículo L6222-4 del Código Laboral francés, el contrato de aprendizaje es uno escrito que contiene cláusulas y menciones obligatorias. En los artículos siguientes se establece normas sobre este tipo de contratos con el propósito de proteger a la parte débil.

Además, el formalismo informativo también se manifiesta en las relaciones establecidas entre comerciantes. A pesar de la inexistencia de una relación profesional-consumidor o de una situación generalizada de desequilibrio, el legislador ha regulado esta materia exigiendo formas informativas de protección de la voluntad.

§2. El formalismo informativo en las relaciones entre comerciantes: en materia de derecho de la competencia, comercio y distribución

La asimetría informativa y el desequilibrio contractual no son temas exclusivos del derecho de consumo. "En realidad, el fenómeno de desigualdad de las partes es quizás más difuso y extendido de lo que se podría pensar, considerando las reivindicaciones de la autonomía del derecho del consumo"[23].

Claro está que esta desigualdad, que puede originarse en la inexperiencia o dependencia de una de las partes en el contrato, puede presentarse en las relaciones entre profesionales.

---

23 Bernard Dubuisson, "Les relations entre professionnels en droit belge", en *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996, p. 476.

Así, por ejemplo, en materia de derecho de la competencia, el Código de Comercio francés consagra, en el libro IV relativo a la libertad de precios y de competencia, en su artículo L441-6, modificado por la Ley del 6 de agosto de 2015 sobre el crecimiento, la actividad y la igualdad de oportunidades económicas, una serie de disposiciones cuyo propósito principal es el de prevenir las prácticas discriminatorias. Precisamente, ese artículo dispone que "todo productor, prestador de servicios, mayorista o importador deberá comunicar las condiciones generales de venta a todo comprador de productos o solicitante de servicios que así lo solicitare". El artículo enumera luego las menciones que deben figurar, tales como las condiciones de venta, la escala de precios unitarios, las rebajas y las condiciones de pago.

Esta exigencia

> de forma, de transparencia denominada vertical, ha sido objeto de críticas de parte de la doctrina que teme que pueda llevar a una esclerosis de la competencia al ponerle coto a cualquier negociación. Otros, en cambio, ven allí las mejores condiciones para el ejercicio de la competencia mediante la circulación de información. En realidad, más que la regla de forma, lo que genera controversia es el hecho de que refuerza la obligación: la no discriminación es en efecto la negociación del *intuitus personae,* percibida como un sacrificio de la libertad individual en beneficio de la libertad de la competencia[24].

De la misma manera, el artículo L441-7 del Código de Comercio, modificado por la Ley del 6 de agosto de 2015 sobre el crecimiento, la actividad y la igualdad de oportunidades económicas, establece la exigencia de un acuerdo escrito suscrito por el proveedor y el distribuidor o el prestador de servicios para indicar las obligaciones contraídas por las partes, en cumplimiento de los artículos L441-6 y L442-6, con miras a fijar el precio al término de la negociación comercial. Este acuerdo deberá contener la escala de precios, tal y como haya sido previamente comunicada por el proveedor, junto con las condiciones generales de venta o las modalidades de consulta de esta escala en la versión que hubiere servido como base de

---

24 Fédérique Dreifuss-Netter, "Droit de la concurrence et droit commun des obligations", *RTD civ.*, 1990, p. 369.

la negociación. El acuerdo podrá cobrar la forma ya sea de un documento único o de un conjunto formado por un contrato marco anual y contratos de aplicación. Deberá establecer, entre otros elementos, las condiciones de la operación de venta de los productos o de la prestación de servicios y las condiciones en las cuales el distribuidor o el prestador de servicios prestará, con ocasión de la reventa de sus productos o servicios a los consumidores, o con miras a la reventa a profesionales, cualquier servicio que favorezca su comercialización y que no esté atado a las obligaciones de compraventa, precisando el objeto, la fecha prevista, las modalidades de ejecución, la remuneración de las obligaciones y los productos o servicios con los cuales se relacionan[25].

Para la legislación colombiana, en materia de derecho de la competencia, la situación es muy diferente. En consonancia con lo dispuesto por el artículo 333 de la Constitución Política que –consagra la libertad económica y la iniciativa privada–, el legislador se abstiene de restringir la libertad contractual entre quienes son competencia. En este sentido, la ley establece que los profesionales podrán celebrar todo tipo de contratos y no impone, para su celebración, exigencias particulares.

El único límite que se le impone a la libertad contractual de quienes son competencia está en lo que respecta a la celebración de contratos contrarios a la libre competencia, que aparecen enumerados en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y en el artículo 1.º de la Ley 155 de 1959. El desarrollo normativo en materia de formalismo informativo entre profesionales, en el derecho colombiano, es, por lo tanto, mínimo y muy deficiente.

Además, en materia de franquicia, el artículo L330-3 del Código de Comercio francés establece que

---

25 En Francia, la Ley del 17 de marzo relativa al consumo le añadió carga al formalismo del acuerdo recapitulativo. La Ley del 6 de agosto de 2015 sobre el crecimiento, la actividad y la igualdad de oportunidades económicas suprimió "la obligación, que pasó a ser una simple facultad, de consignar en el acuerdo recapitulativo la escala de precios que el proveedor hubiere transmitido al inicio de la negociación en el marco de las condiciones generales de venta". Didier Ferrier, "La loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques en matière de distribution (?)", *Recueil Dalloz*, 2015, p. 1906.

> Toda persona que ponga a disposición de otra un nombre comercial, una marca o una enseña comercial, exigiendo un compromiso de exclusividad o de casi exclusividad para el ejercicio de su actividad, estará obligada, antes de firmar cualquier contrato suscrito en interés común de ambas partes, a suministrar a la otra parte un documento que dé informaciones exactas y fidedignas que le permitan comprometerse con conocimiento de causa.

De tal manera que este artículo consagra la exigencia, para quien tiene la obligación, de comunicar información sincera y de buena fe[26].

De manera más precisa, el artículo R330-1 del Código de Comercio enumera la información que debe contener el documento mencionado en el artículo L330-3 del mismo. Por ejemplo, es necesario mencionar la dirección del domicilio social de la empresa y la naturaleza de sus actividades, indicando su forma jurídica y la identidad del jefe de la empresa en caso de que se trate de una persona natural, o de los directivos, si se trata de una persona jurídica.

> A este respecto, la información relativa al estado de la red en la época de celebración del contrato y a la salida de los franquiciados, especialmente las condiciones: expiración, rescisión o anulación del contrato, durante el año anterior a la expedición del documento de información precontractual debe ser considerada esencial[27].

Igualmente, el artículo L141-1 del Código de Comercio francés impone menciones obligatorias para la cesión de establecimientos de comercio. Es así como, en todo acto que certifique la cesión de un establecimiento de comercio, el vendedor deberá consignar, entre otros, el nombre del anterior vendedor, la fecha y la naturaleza del acto de compra, el precio de compra de los elementos intangibles, las mercancías y el material, y el estado de los privilegios y pignoraciones que pesaren sobre el establecimiento.

---

26 Didier Ferrier, "L'obligation d'informer le futur franchisé", *Revue des Contrats,* 2012, p. 1068.

27 Ibíd.

Siguiendo la misma línea, las legislaciones particulares relativas a los contratos de derecho de distribución establecen exigencias precisas en cuanto a incorporar cierta información al contrato.

Por ejemplo, en materia de contrato de concesión exclusiva, el concesionario que desarrolla su actividad de manera exclusiva o casi exclusiva usando la marca del concedente, también estará amparado por la protección establecida en el artículo L330-3 del Código de Comercio. En consecuencia, el concedente tiene la obligación de entregar, antes de la celebración de contrato, numerosos datos atinentes a la concesión y, particularmente, la información relativa al alcance de la exclusividad territorial convenida[28].

En cuanto al contrato de asistencia, el distribuidor que ejerce su actividad de manera exclusiva o casi exclusiva bajo los signos distintivos del proveedor, estará amparado por la protección particular de su consentimiento, prevista en el artículo L330-3 del Código de Comercio. "Esta protección se inspira en la difícil situación económica en la que se encontraron en algún momento algunos distribuidores después de haber celebrado un acuerdo de exclusividad animados por las perspectivas optimistas presentadas por el proveedor en cuanto a la actividad"[29].

Finalmente, para terminar con los casos más notables en el derecho comercial en donde la ley establece exigencias propias del formalismo informativo, cabe mencionar las formas impuestas en los casos de garantías otorgadas entre profesionales.

Ciertamente, en materia de la garantía constituida entre un establecimiento crediticio y una empresa, el artículo L313-22 del Código Monetario y Financiero establece la obligación, a cargo de los establecimientos de crédito o de las sociedades de financiamiento que otorgan apoyo financiero a una empresa bajo la modalidad de garantía de persona natural o moral, de comunicar al fiador, a más tardar el 31 de marzo de cada año, el monto del capital y de los intereses, comisiones, gastos y otros elementos pendientes al 31 de diciembre del año anterior por concepto de la obligación objeto de la garantía, así como del término de duración de dicho compromiso. Si el compromiso ha sido adquirido por término indefinido, deberán mencionar

---

28 Didier Ferrier, *Droit de la distribution*, 6.ª ed., Paris, Lexisnexis, 2012, p. 331.

29 Ibíd., p. 291.

la facultad permanente de revocatoria así como las condiciones en las que esta deberá ejercerse[30].

Se puede colegir claramente de las disposiciones que acabamos de mencionar que las manifestaciones del formalismo informativo son muy variadas. En efecto, con el fin de velar por la voluntad de los contratantes, el legislador no se limita a proteger al consumidor. Llega más lejos al proteger la voluntad de una de las partes cuando, en razón de su situación de inferioridad particular o de desequilibrio relativo se encuentra en riesgo.

Sin embargo, no cabe duda de que la verdadera protección de la voluntad de las partes se realiza en el momento en que se sanciona la inobservancia de las reglas de forma. De ahí que resulte interesante estudiar las sanciones por inobservancia del formalismo informativo.

SECCIÓN 2. SANCIONES POR INOBSERVANCIA DEL FORMALISMO INFORMATIVO

La sanción aplicable en caso de inobservancia de las reglas del formalismo informativo es el instrumento jurídico más eficaz para la aplicación e implementación de las legislaciones de protección de la parte débil. Sin embargo, la teoría de las sanciones por inobservancia del formalismo informativo no es muy consistente, especialmente por cuanto se caracteriza por la diversidad y la anarquía en las reglas de las sanciones (A), lo que hace necesaria la búsqueda de criterios de unidad para orientar su aplicación (B).

A. DIVERSIDAD DE SANCIONES EN EL FORMALISMO INFORMATIVO

El derecho contemporáneo ha sido el campo apropiado para la multiplicación de las formas del formalismo informativo. Esta proliferación de formas de origen legislativo se dio de manera espontánea y desorganizada ya que el legislador consagró, para cada caso, la forma que consideró apropiada, sin seguir una política determinada. De igual manera, la ley consagró las sanciones aplicables en caso de desconocimiento de las formas informativas,

---

30 Ibíd., p. 292.

lo que implica que el sistema del derecho de los contratos se caracteriza por una verdadera diversidad de sanciones aplicables. Entre ellas, es posible encontrar algunas extraídas de la teoría general de los contratos (§1), como también sanciones particulares previstas por las legislaciones contemporáneas de protección de la parte débil (§2).

§1. SANCIONES DE LA TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS

Las formas propias del formalismo informativo buscan proteger la voluntad de la parte débil en el contrato. El instrumento que utiliza el legislador para tal fin es la información. En ese sentido, el formalismo informativo desempeña un marcado papel preventivo, y se podría afirmar que constituye una técnica de prevención perfeccionada[31].

Sin embargo, en caso de violación de las formas informativas de protección de la parte débil, existen numerosas sanciones, extraídas de la teoría general de los contratos, que podrían aplicarse.

Se trata de un formalismo nuevo, propio de las legislaciones contemporáneas de protección de la parte débil. En caso de desconocimiento de dichas reglas, se aplicarán las reglas clásicas de solución de litigios. Naturalmente, "la sanción en caso de inobservancia de las reglas relativas al formalismo informativo supone un regreso a las técnicas de derecho común de solución de litigios"[32].

Entre las sanciones de la teoría general aplicables en caso de violación de las reglas del formalismo informativo, las nulidades se encuentran en primera fila.

Desde comienzos de siglo, la teoría de las nulidades estuvo marcada por dos lógicas opuestas:

> Por un lado, la lógica "esencialista" se expresa aquí con una fuerza y una sencillez particulares *forma dat esse rei*. Cuando el acto implica solemnidad,

---

31 LAURENT AYNES, "Formalisme et prévention", en *Le droit du crédit au consommateur*, Paris, Litec, 1982, p. 63.

32 VÉRONIQUE MAGNIER, "Les sanctions du formalisme informatif", *JCP*, I.106, 2004, p. 179.

> la ausencia de forma se traduce en la inexistencia o por lo menos la nulidad absoluta puesto que, sin la forma prescrita, el acto no pudo formarse. Por el otro lado, tratándose de las reglas de forma, resulta más lógico y justo que nunca deducir el régimen de nulidad de la naturaleza de los intereses protegidos por la regla sancionada, estableciendo una diferencia entre las formas destinadas a la protección de las partes o de una de ellas, aquellas que buscan la protección de terceros, y las que responden a preocupaciones de interés general[33].

En consecuencia, según la teoría moderna de las nulidades, si el interés protegido por la ley es de carácter general, la nulidad debe ser absoluta. En cambio, si el interés protegido es de carácter privado, la sanción deberá ser la nulidad relativa.

En este sentido, en materia de formalismo informativo la solución parece ser más sencilla que en los casos de formalismo clásico. Principalmente porque el formalismo informativo se caracteriza por la exigencia de formas que buscan proteger la voluntad de los contratantes que se encuentran en situación de inferioridad, y entonces la nulidad sería de carácter relativo[34]. "Así sean de orden público, estas reglas han sido establecidas pensando únicamente en el interés de la parte protegida (consumidor, asalariado, prestatario) y deben ser sancionadas con nulidad relativa, siendo esta parte la única que puede invocarla"[35].

Frente a estos retos, si la finalidad de las reglas del formalismo informativo es la protección de la voluntad de la parte que se encuentra en situación de desequilibrio o de inferioridad, la sanción deberá imponerse de conformidad con la teoría de los vicios de consentimiento.

De tal manera que resulta pertinente verificar si el consentimiento de la parte protegida estuvo viciado y si el haber omitido la forma informativa fue determinante con respecto a dicho consentimiento. En ese caso,

---

33 Gérard Couturier, "Les finalités et les sanctions du formalisme", *Defrénois*, n.º 15-16, 2000, p. 886.

34 En este sentido, Francia, Corte de Casación, Cas. 1ª civ., Sentencia del 21 de enero de 1992, *Bull. civ*. I, no. 22, p. 15.

35 Couturier, óp. cit., p. 887.

la sanción por inobservancia de la regla de formalismo informativo dependerá de que exista un vicio de consentimiento, siendo el error o el dolo los más probables[36].

La Corte de Casación adoptó este razonamiento en materia de venta de establecimientos de comercio[37]. Igualmente, en materia de contratos de distribución, la Corte de Casación, en el fallo Le Maraîcher, reprochó a la Corte de Apelación que no hubiera aportado una base legal para sustentar su decisión al no buscar si "la falta de información había tenido como consecuencia la de viciar el consentimiento de los arrendatarios administradores"[38].

De manera más amplia, las sanciones propias de la teoría general de los contratos pueden implementarse sin que se haya violado ninguna regla de forma.

> En ciertos ejemplos citados para ilustrar las sanciones potencialmente aplicables, hubiera sido teóricamente posible basarse únicamente en el incumplimiento de las reglas de fondo o en el incumplimiento del contrato, para pedir la aplicación de la sanción (nulidad por dolo o error, responsabilidad *aquileana* o contractual del contratante de la parte débil, etc.)[39].

Sin embargo, algunos autores concuerdan en decir que las sanciones extraídas de la teoría general son altamente teóricas y poco prácticas. En ocasiones, la doctrina menciona dichas sanciones, pero la jurisprudencia las aplica poco o nada[40].

---

36 MAGNIER, óp. cit., p. 179.

37 A. JAUFFRET, Observación sobre Cas. civ., Sentencia del 30 de octubre de 1951, *D.* 1952, *jurispr.,* p. 86; *RTD* com. 192, p. 305.

38 Francia, Corte de Casación, Cas. com., Sentencia del 10 de febrero de 1998, *Bull. civ.* IV, nº. 71, p. 56; L. LEVENEUR, Contrats., conc., consom., 1998, comm. 55; FERRIER, Observación sobre *D.* 1998, *somm.* p. 334; PH. DELEBECQUE, Observación, *Defrénois* 1998, art. 36815, *RTD civ.*, 1998, p. 130.

39 HERVÉ JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel:* mécanisme de protection de la partie faible, Paris, Larcier, 2010, p. 447.

40 Sobre las observaciones críticas a la teoría clásica de los vicios de consentimiento y sus sanciones, véase el aparte "B. Prevención de los vicios del consentimiento".

A pesar de ello, las sanciones propias de la teoría clásica de los contratos siguen siendo aún alternativas posibles para sancionar el desconocimiento de las formas informativas y proteger así a la parte débil en el contrato.

En efecto, la diversidad de estas alternativas es lo que caracteriza al sistema de sanciones por inobservancia del formalismo informativo, particularmente porque en las legislaciones contemporáneas de protección de la parte débil encontramos otro bloque de nuevas sanciones en caso de violación de las reglas del formalismo informativo.

§2. SANCIONES DE LAS LEGISLACIONES DE PROTECCIÓN DE LA PARTE DÉBIL

De acuerdo con las legislaciones contemporáneas de protección de la parte débil, son numerosas las sanciones que podrían aplicarse en caso de violación de las reglas de formalismo informativo. En efecto, en dichas legislaciones podemos encontrar sanciones penales, civiles o administrativas. También pueden invocarse las sanciones propias de la teoría general de los contratos.

Existen disposiciones particulares de protección de la parte débil que consagran la nulidad como sanción en caso de desconocimiento de las exigencias del formalismo informativo.

Por ejemplo, en el caso de la garantía, el artículo L 314-15 del Código de Consumo francés establece la exigencia de una mención manuscrita. Esta regla tiene como finalidad proteger la voluntad del garante. En caso de que falte la mención manuscrita o de que sea irregular, habrá que saber si la garantía es nula o si, por el contrario, se trata simplemente de una regla de prueba.

Sobre este tema, la Corte de Casación francesa, en fallo del 16 de marzo de 2012, estableció que el compromiso que contrae una persona natural como garante hacia un acreedor profesional es nulo en caso de que no se haya consignado una mención escrita que siga al pie de la letra lo establecido por el artículos L314-15 del Código de Consumo. En este caso particular, los jueces de fondo, para rechazar la demanda, argumentaron que si la redacción de la mención manuscrita prevista en el artículo L314-15 del Código de Consumo no respetaba estrictamente las prescripciones legales, se colegía, sin embargo, que el garante tenía, a través de las menciones consignadas, perfecto conocimiento del alcance y duración de su

compromiso y que él, quien además tiene que copiar la fórmula establecida por la ley, no podría invocar, para tratar de escapar de sus compromisos, sus propias equivocaciones en el momento de copiar la fórmula. La Corte de Casación francesa censuró esta decisión y estableció que las menciones manuscritas deben ser idénticas a las que la ley ha previsto[41].

En otros casos, las legislaciones de protección de la parte débil consagran otras alternativas para sancionar la inobservancia de las exigencias impuestas dentro del formalismo informativo.

Por ejemplo, en materia de crédito inmobiliario, la sanción prevista es la caducidad del derecho a intereses. El Código de Consumo, en su artículo L341-26, establece que el prestamista o el arrendador que no respete algunas de las obligaciones previstas en los artículos L313-9 y L313-10 (menciones obligatorias de la oferta) se sancionará con multa de 150.000 euros[42].

En lo que respecta a las consecuencias en materia de contratos de trabajo a término definido, la sanción prevista es la recalificación del contrato. En ausencia de las menciones exigidas por la ley, se considera que el contrato ha sido suscrito por término indefinido.

Esta fue la solución establecida por el artículo L1242-12 del Código Laboral. De manera que

> la ausencia, en el contrato de trabajo, del nombre y calificación de la persona a la cual se reemplaza, se sancionará en adelante con presunción irrefutable de que se trata de un contrato a término indefinido. Por lo tanto, el empleador no podrá, como sucedía antes de la Ley de 1990, subsanar la omisión de alguna de estas menciones recurriendo a otros medios de información[43].

De las disposiciones que acabamos de mencionar se colige claramente que la inobservancia de las reglas del formalismo informativo puede ser sancionada a través de una gran variedad de medidas.

---

41 S. Piedelièvre, Nota sobre Cas. 1ª civ., Sentencia del 16 de mayo de 2012, n.º 11-17411, *Gazette du Palais*, 5 y 6 de septiembre de 2012.

42 En este sentido, véase Francia, Corte de Casación, Cas, 1.ª civ., Sentencia del 18 de marzo de 2003, *Bull. civ*. I, nº. 84; C. Rondey, Observación, *D*. 2003. AJ 1036; S. Piedelièvre, Observación, *Gaz. Pal*. 2003, *Somm*. 2574, *RTD com*. 2003.554.

43 Claude Royloustaunau, *Droit social*, Paris, Dalloz, 1997, p. 922.

Esta multiplicidad de sanciones presenta inconvenientes en el momento de su aplicación. Es posible que la ley no establezca expresamente una sanción aplicable, en cuyo caso no habría mayores dificultades. Sin embargo, también podría suceder que la ley haya contemplado sanciones aplicables a la propia omisión de formas informativas, caso en el cual las soluciones estipuladas podrían ser complementarias o incompatibles entre sí[44].

Frente a esta diversidad de sanciones aplicables y a las dificultades de ejecución, se hace indispensable encontrar criterios de unicidad con el fin de orientar y organizar la política de sanciones por inobservancia del formalismo informativo.

B. Necesidad de unicidad de criterios que guíen la política de sanciones por inobservancia del formalismo informativo

El régimen de sanciones por inobservancia del formalismo informativo se caracteriza por la diversidad de las sanciones previstas y por su desorden. En consecuencia, resulta indispensable encontrar algunos criterios de carácter general que orienten la política de sanciones por inobservancia del formalismo informativo. Estudiaremos entonces para comenzar las funciones de las sanciones por inobservancia del formalismo informativo (§1), para luego abordar el tema del carácter esencial de la información omitida como criterio para determinar la sanción (§2).

§1. Las funciones de las sanciones por inobservancia del formalismo informativo

Para definir algunos criterios de unicidad y orientación dentro de la política de las sanciones por inobservancia del formalismo informativo, es necesario comenzar identificando la influencia de la sanción sobre el concepto mismo de formalismo. ¿Será acaso que la sanción determina el formalismo?

Para ello, resulta pertinente analizar las funciones que ejercen las sanciones de derecho privado y determinar su influencia en la definición

---

44 Jacquemin, óp. cit., p. 445.

misma de las reglas del formalismo informativo. Ciertamente, las finalidades y las funciones sirven como instrumentos de orientación en la aplicación de las reglas de derecho. Para comenzar, es necesario ocuparse de la función reparadora que ejerce la sanción. En materia de responsabilidad civil, la sanción tiene una función de reparación o compensatoria en la medida en que busca garantizarle a la víctima reparación del daño causado.

En caso de inobservancia de las reglas de formalismo informativo, la sanción tiene como propósito reparar el daño causado a quien debería recibir la información por haber omitido suministrarle la información. Por ejemplo, si en la celebración de un contrato con un consumidor el profesional omite la información establecida en el artículo L313-10 del Código de Consumo, deberá reparar los daños que resultaren de la omisión.

Por lo demás, la sanción ejerce una función conminatoria, especialmente porque siempre tiene como efecto inspirar temor, y al ejercer presión advierte sobre las consecuencias del comportamiento[45]. Así, la fuerza de la sanción radica "menos en su carácter reparador que en la amenaza de castigo que lleva consigo"[46].

Más precisamente, la sanción del formalismo informativo cumple una función preventiva[47]. La imposición de la sanción tiene como función evitar que la persona sancionada repita el comportamiento perjudicial y prevenir a los demás al hacer visibles las consecuencias del comportamiento que ha sido sancionado[48].

> El legislador ve fácilmente las ventajas del formalismo. Al dictar una regla general, y razonando así respecto de los conjuntos, confirma que ciertas formas impiden los compromisos precipitados y aquellos que serían fruto de la

---

45 Gustavo Ordoqui Castilla, "Las funciones del derecho de daños de cara al siglo xxi", en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo xxi: Derecho privado*, t. 4, vol. 2. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana - Temis, 2010, p. 11.

46 Magnier, óp. cit., p. 178.

47 Sobre la prevención como función del formalismo informativo, véase "Sección 1. Información: la protección del consentimiento del consumidor por parte del formalismo informativo.

48 Rubén Darío Pinilla Cogollo, "Las funciones preventivas y disuasivas de la pena", *Facetas Penales*, n.º 54, 2006, pp. 79-80.

> captación; que otras evitan fraudes en contra de terceros; y que otras, al ser muy sencillas, proveen una rapidez y seguridad que el consensualismo no siempre logra. Esencialmente, ve en el formalismo un papel preventivo[49].

Las legislaciones de protección de la parte débil, al desarrollar la función preventiva del formalismo informativo, imponen la obligación de incluir cierta información en el contrato, con el fin de evitar compromisos apresurados. De igual manera, mediante la consagración de sanciones por inobservancia de las formas informativas, el legislador también tiene en cuenta la función preventiva.

Sin embargo, es al juez a quien le corresponde aplicar la sanción cuando las reglas legales no han sido respetadas. Ahora, la aplicación de las sanciones por inobservancia del formalismo informativo cuando la ley no ha sido respetada también obedece a la función preventiva del derecho de la responsabilidad civil.

"Más precisamente, el juez manifiesta su adhesión a los objetivos de la legislación cuando se trata de asegurar la protección de ciertas categorías de contratantes considerados en situación de inferioridad"[50]. En este sentido, es posible observar en las actitudes, tanto del legislador como del juez, esta tendencia preventiva que guía el derecho contemporáneo de los contratos.

En este orden de ideas y frente a la anarquía en la aplicación de las sanciones del formalismo informativo, las funciones que ejercen las sanciones por inobservancia del formalismo informativo pueden servir como criterios orientadores en la aplicación de las reglas de derecho. Más precisamente, es posible afirmar que dichas funciones orientan las reglas de aplicación dentro de la política de las sanciones por inobservancia del formalismo informativo.

Sin embargo, es necesario buscar otros instrumentos para encontrar unicidad de criterios que orienten la aplicación de las sanciones por inobservancia del formalismo informativo. De manera que, habida cuenta de la importancia de la información, resulta pertinente analizar el carácter

---

49 Couturier, "Les finalités et les sanctions du formalisme", óp. cit., p. 887.

50 Ibíd., p. 888.

esencial de la información y su influencia en la escogencia y aplicación de la sanción.

§2. EL CARÁCTER ESENCIAL DE LA INFORMACIÓN OMITIDA Y LA PROTECCIÓN DE LA VOLUNTAD DE LA PARTE DÉBIL

Frente a la multiplicación de las formas informativas en el derecho contemporáneo, diferentes autores coinciden al afirmar que es difícil establecer un criterio general que oriente las sanciones aplicables en caso de desconocimiento de las reglas del formalismo informativo.

En efecto, hay quienes afirman que esta complejidad radica en la dificultad para identificar los intereses que la regla de forma busca salvaguardar[51]. Otros consideran que para determinar las sanciones previstas frente a la inobservancia del formalismo, el análisis debe hacerse a partir de las finalidades que se le asignan a dicho formalismo[52].

Sin embargo, el objeto de las formas informativas, más precisamente de las menciones obligatorias, es la información. Hay que decir que las menciones obligatorias se refieren a los elementos esenciales del contrato y a las protecciones previstas por la ley.

La finalidad de las reglas de forma es proteger la voluntad de las partes en el contrato y el instrumento para tal fin es la información[53]. De ahí que el legislador exija que se incluyan en los contratos menciones obligatorias acerca de cierta información del contrato considerada importante para formar el consentimiento de la parte considerada más débil.

Sin embargo, no toda la información que se debe consignar en el contrato tiene la misma importancia respecto de la naturaleza del contrato o de sus elementos. De hecho, cierta información reviste un carácter más decisivo para la formación del consentimiento.

---

51 Ibíd., p. 886.

52 JACQUEMIN, óp. cit., p. 376.

53 Sobre la información como función del formalismo informativo, véase "Sección 2. Prevención: el formalismo preventivo en derecho de los contratos".

Por ejemplo, el artículo L224-30 del Código del Consumo francés establece que la oferta, cuando se realiza a través de servicios de comunicación electrónica, deberá contener información detallada sobre la identidad y dirección del prestador del servicio, las condiciones del contrato, y de la renovación, como también sobre el costo de la técnica de comunicación a distancia utilizada, entre otros datos. En este caso, no se podría afirmar que estos tipos de información tienen la misma importancia en el momento de determinar la voluntad del consumidor. Especialmente, porque cada contratante tiene intereses diferentes para la celebración del contrato y una información que es importante para alguien puede resultar subsidiaria para otra persona.

En este orden de ideas, el carácter esencial de la información exigida por la regla de forma, que deberá establecerse de manera subjetiva, es determinante para definir la sanción aplicable en caso de que se contravenga la norma.

De ahí que sea necesario preguntarse para empezar qué significa "esencial". La Real Academia de Lengua Española define "esencial" así: "que se refiere a la esencia […]. Que pertenece a la esencia, independientemente de lo accidental. Absolutamente necesario, indispensable"[54].

Entonces, lo esencial de una información deberá definirse respecto de los elementos esenciales del contrato, aquello que no puede omitirse para formar el consentimiento. Lo que es accidental no es esencial.

En consecuencia, el carácter esencial de la información se determinará en relación con lo que es indispensable para la formación de un consentimiento contractual sano. Así, se podrá establecer una gradación para organizar la información de acuerdo con lo esencial que resulte o la importancia que se le conceda. De tal manera que cuando se exige una información verdaderamente esencial, su omisión deberá sancionarse severamente, por ejemplo, con la nulidad del contrato.

El carácter esencial de la información debe ser el criterio para determinar la severidad de la sanción. En este sentido, dentro de toda la panoplia de disposiciones legislativas del formalismo informativo, el criterio

---

54 Disponible en: http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=esencial.

relacionado con el carácter esencial de la información podrá ser determinante para orientar la política de sanciones por inobservancia del formalismo informativo.

No cabe duda entonces de que la aplicación de la sanción en caso de inobservancia de las reglas de forma es de mucha importancia para determinar la fuerza del formalismo informativo.

Sin embargo, la eficacia del formalismo informativo depende de ciertos factores relacionados con las circunstancias específicas para la aplicación de las reglas del formalismo informativo. De ahí que pasemos ahora al tema de la eficacia del formalismo informativo y sus paradojas.

SECCIÓN 3. EFICACIA DEL FORMALISMO INFORMATIVO: CRÍTICAS A LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS DEL FORMALISMO INFORMATIVO DEL DERECHO DEL CONSUMO Y PARADOJAS

El formalismo informativo es, en principio, una herramienta concebida para el beneficio de los consumidores. En este sentido, debería únicamente ser "fuente de beneficios y ventajas para ellos"[55]. Sin embargo, infortunadamente, de la aplicación de estas reglas no siempre resultan efectos ventajosos para los consumidores. En efecto, se pueden encontrar diversas paradojas en su aplicación, a veces a causa de la insuficiente protección (A) y otras debido a excesos de protección (B).

A. INEFICACIA DE LA INFORMACIÓN E INSUFICIENCIA DE LA PROTECCIÓN

El legislador establece la obligación de incorporar en el contrato la información que considere pertinente, pero en ocasiones esta resulta ineficaz para informar debidamente al consumidor (§1) o puede ser insuficiente frente al mismo (§2).

---

55 AGATHE LEPAGE, "Les paradoxes du formalisme informatif", en *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, p. 603.

§1. SOBRE LA INEFICACIA DE LA INFORMACIÓN

No cabe duda de que el objetivo que tiene el formalismo informativo es el de poner a disposición del consumidor la información pertinente del contrato para protegerlo y así restituir el equilibrio contractual en su relación con el profesional.

Para ello, la información objeto de las reglas del formalismo informativo debe tener un contenido que sea pertinente y apropiado para ilustrar de manera efectiva al consumidor, y también debe ser comprensible[56] y manejable para este, situación que no es siempre evidente, debido a la condición de lego del cocontratante.

No obstante, la eficacia de la información, objeto de las exigencias del formalismo informativo, no siempre es visible. En ocasiones, los datos suministrados al consumidor no le informan efectivamente debido a su complejidad o porque la condición misma de lego conlleva a dificultades en el manejo de cláusulas del contrato[57]. Así, "la abundancia y complejidad del formalismo hacen de él un instrumento difícil de manejar por parte aquellos mismos a quienes está destinado"[58].

El formalismo informativo no será entonces útil si el consumidor, destinatario de la protección, no tiene la capacidad de comprender el contenido de las cláusulas del contrato, o si simplemente no las lee, supuesto en el cuál se tendería a creer que paradójicamente este tipo de medidas no tiene ningún efecto en ellos. Para el lego, lograr un consentimiento bien informado y de calidad sería algo en gran medida utópico[59].

---

56 Importancia de la obligación de claridad, véase el aparte "§2. Los riesgos del consentimiento en las relaciones de consumo".

57 "Así, el formalismo informativo, mecanismo de protección del consumidor, es más eficaz si el cocontratante al que va dirigida la información es un profesional". Véase PHILIPPE MALAURIE, LAURENT AYNES Y PHILIPPE STOFFEL MUNCK, *Droit civil, Les Obligations*, 2.ª ed., Paris, Defrénois, 2005, n.º 540.

58 ANNICK BATTEUR, "La protection illusoire du consommateur par le droit spécial de la consommation: Réflexions sur la règlementation nouvelle régissant le contrat de voyages", *D.* 1996, chron., p. 84.

59 JEAN CALAIS-AULOY, "L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats", *RTD civ.* 1994, p. 244.

De hecho, cabe preguntarse si, por ejemplo, las menciones obligatorias, forma muy frecuente en el derecho del consumo, logran el efecto que busca la ley al imponerlas. Para algunos autores, la invasión informativa en el contrato, en lugar de proteger a la parte débil, puede implicar lo contrario, pues en la mayoría de los casos el contratante firma el contrato sin conocer su contenido, lo que implica que se somete a lo desconocido. ¿Será entonces que las menciones obligatorias y, en general, el formalismo informativo implican una protección efectiva de la voluntad del contratante considerado débil?

Dicho de otra manera, "no es seguro que por el solo hecho de que haya menciones explicativas en el acto que ha firmado o en el producto que ha comprado, el contratante haya sido informado efectivamente. Ahora, ¿las habrá leído siquiera?"[60]. A lo cual habría que agregar la dificultad que se presenta cuando el consumidor tiene la intención de leer y comprender el contenido del contrato y de ese modo informarse, pero se enfrenta a la dificultad de leer un contrato con un contenido complejo e incomprensible para sus capacidades y conocimientos específicos.

De manera que sería recomendable exigir que el profesional provea información sencilla sobre las condiciones del contrato y que pueda ser comprensible para el consumidor. Y, por otra parte, es indispensable solicitar que el consumidor ejerza el deber de leer el contrato, tomando conciencia de la responsabilidad que le incumbe y que consiste en poder invocar la información a su favor contenida el contrato.

Ciertamente, a pesar de la multiplicidad de formas exigidas por el legislador contemporáneo, se puede dudar de la información real que tenga el consumidor. Por ejemplo, en materia de formalismo bancario, la ley impone que se utilicen formularios proforma. Los establecimientos de crédito deben utilizar para cada operación de crédito el formulario que la ley les asigna.

En este caso, el consumidor no llega siempre a informarse, a pesar de la exigencia de forma. En efecto, el formulario es entregado por el profesional en el momento de la firma, pero son pocos los consumidores que toman el tiempo para leer antes de firmar el documento.

---

60 Malaurie, Aynes y Stoffel-Munck, óp. cit., n.º 540.

En consecuencia "creemos finalmente que la forma, aun cuando es respetada, si no está acompañada de una recomendación veraz, será insuficiente para proteger eficazmente al consumidor"[61].

Además, se puede dudar también de la eficacia del formalismo informativo al constatar algunos "efectos perversos" de las leyes que imponen formas informativas. Así,

> por ejemplo, el derecho del consumo, preocupado por la seguridad, hace que el consumidor pierda el sentido del riesgo y el gusto por la aventura, pérdida que constituye uno de los peligros mortales de nuestra época; igualmente, poco a poco tiende a transformar a la persona en un simple instrumento de producción y de consumo: la sociedad se convierte, como se suele decir, en una sociedad de consumo. Por lo demás, un tema constante es que toda protección, tan pronto como supera cierto umbral, se vuelve en contra de la persona protegida[62].

Adicionalmente, resulta indispensable examinar la eficacia del formalismo informativo cuando la protección puede considerarse insuficiente.

§2. INSUFICIENCIA DE LA PROTECCIÓN

Otro problema de la aplicación de las reglas del formalismo informativo es la insuficiencia de la información contenida en el contrato. En efecto, "el formalismo peca en ocasiones por defecto. Las previsiones del legislador no son infalibles, y la ley podría omitir información útil para el contratante, al concentrarse en las exigencias del formalismo informativo"[63].

Este es un problema del formalismo que resulta de la naturaleza misma del sistema jurídico y, en consecuencia, del de origen legal. La imposibilidad de nuestro sistema jurídico para resolverlo todo se convierte en el talón de Aquiles del formalismo informativo. Es cierto que el profesional solo tiene

---

61 DAVO, óp. cit., p. 332.

62 PHILIPPE MALAURIE, "L'effet prophylactique du droit civil", en *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, p. 670.

63 Ibíd.

obligación de incluir información en el contrato cuando el legislador lo exige de manera expresa. Entonces, como el derecho no puede pretender resolverlo todo, siempre habrá casos en los cuales la información requerida por el consumidor para ese caso en particular no será literalmente exigida por la ley. En consecuencia, el formalismo informativo de origen legal no puede pretender prever todas las situaciones, lo que implica que está expuesto por naturaleza a los riesgos de la insuficiencia.

El formalismo informativo del derecho del consumo, además de los riesgos de ineficacia y de insuficiencia, sufre las consecuencias de paradojas de su aplicación excesiva.

B. EXCESOS DE LA PROTECCIÓN

El caso es muy diferente cuando el formalismo informativo implica una protección excesiva. La jurisprudencia francesa confirma los excesos de protección (§1), que también se pueden constatar en la excesiva rigidez en la aplicación de reglas de forma, y en la no acumulación de responsabilidades del derecho común y del derecho del consumo (§2).

§1. EL ALCANCE DESMESURADO DEL FORMALISMO INFORMATIVO DADO POR LA JURISPRUDENCIA EN FRANCIA

Buscando proteger a la parte considerada débil en la relación contractual, la jurisprudencia ha interpretado infortunadamente de manera excesiva las reglas del formalismo informativo.

Nos encontramos entonces en una situación en la cual "el formalismo informativo tiende a volverse en contra de los intereses pecuniarios del consumidor"[64]. Es así como se debe comprender lo que afirmó hace más de cincuenta años De la Marnière: "Un sistema semejante, del cual se espera, ya que es este su objetivo, que garantice la protección de intereses determinados, a menudo se vuelve en contra de aquellos a quienes se ha querido proteger, generando para estos daños infinitamente más

64 LEPAGE, óp. cit., p. 604.

importantes, más graves y duraderos"[65]. Para ilustrar estos excesos de la jurisprudencia francesa, daremos varios ejemplos.

La Corte de Apelación de París, en fallo del 15 de septiembre de 1999, hizo una interpretación extremadamente rígida de una formalidad establecida por el Código del Consumo. En particular, el artículo L312-7 disponía que la oferta debía enviarse por vía postal. La Corte de Apelación consideró que el envío por fax constituía una irregularidad que debía ser sancionada con la anulación del derecho a intereses[66], sanción que fue considerada dura "por un yerro de forma respecto del cual habría que preguntarse si realmente afectó los intereses del consumidor"[67].

Lo mismo sucedió con el célebre caso del comprobante de retractación. Al respecto, el artículo R311-7, inciso 2, del Código del Consumo establecía que en materia de crédito de consumo, el derecho de retractación se debe ejercer mediante un formulario anexado a la oferta del crédito, que "no puede contener ninguna mención distinta del nombre y dirección del prestamista".

Inicialmente, tras un fallo del 8 julio de 1997, la Corte de Casación hizo una interpretación excesiva de la disposición del Código del Consumo, pues dedujo que el formulario "debía" contener esas "menciones"[68]. Esta decisión de la Corte de Casación ha sido considerada un caso de "desnaturalización del formalismo informativo".

Más adelante, mediante un fallo la Corte de Casación hizo una reversión completa midiendo el alcance de la disposición normativa, al decir que el artículo R311-7 no imponía que el comprobante de retractación mencionara el nombre ni la dirección del prestamista[69].

---

65 E. DE LA MARNIERE, "Les législations de 'protection'", *D.,* 1950, chron., pp. 94 y s.

66 Francia, Corte de Apelación, CA Paris, Sentencia del 15 de septiembre de 1999, *Contrats, conc., consom.*

67 LEPAGE, óp. cit., p. 610.

68 Francia, Corte de Casación, Cas. civ., Sentencia del 8 de julio de 1997, *D. Affaires* 1997, p. 928.

69 Francia, Corte de Casación, Cas. 1.ª civ., Sentencia, 17 de julio de 2001, *D.*, 2001, p. 2676.

Adicionalmente, en lo que respecta a las renegociaciones de los préstamos para vivienda, la Corte de Casación generó un debate sobre el alcance del inciso 2 del artículo L312-8 del Código del Consumo, que establecía que: "toda modificación de las condiciones de obtención del préstamo, en particular del monto o de la tasa de crédito, da lugar a la entrega de una nueva oferta preliminar al prestatario".

La aplicación de esta disposición no presenta ningún problema cuando la modificación de la oferta preliminar se realiza antes de la firma del préstamo, pero sí cuando la modificación ocurre durante la ejecución del contrato.

Es cierto que, en fallo del 6 de enero de 1998[70], la Corte de Casación consideró que en caso de renegociación de un préstamo inmobiliario que implique modificación de las tasas o de su monto, los prestamistas deberían hacer entrega de una nueva oferta preliminar, respondiendo así a las condiciones de forma que determinaba el artículo L312-8 del Código del Consumo. Aquí encontramos nuevamente una interpretación excesiva de las reglas de forma de origen legal[71].

Con estos ejemplos no resulta difícil darse cuenta de que los excesos en la aplicación de las reglas del formalismo informativo conducen a la desprotección del consumidor, porque de hecho "toda protección jurídica tiende, con el tiempo, a expandirse y volverse excesiva; toda protección excesiva se revierte fatalmente contra la persona protegida"[72].

---

70 Francia, Corte de Casación, Cas. 1.ª civ., Sentencia del 6 de enero de 1998, *D.*, 1998, p. 503.

71 En cuanto a los excesos del formalismo informativo, caber anotar también "los efectos perversos inducidos por las disposiciones en materia de sobreendeudamiento respecto del otorgamiento de créditos, las consecuencias desastrosas de la protección del arrendatario en el mercado inmobiliario y los efectos de umbral inducidos por los mecanismos de apoyo a la contratación de asalariados mayores de cincuenta años comparativamente con los solicitantes de empleo de menor edad. Estos ejemplos demuestran que las legislaciones de protección son, con frecuencia, fuente de efectos perversos". Natacha Sauphanor, "Clauses abusives", *Dalloz, Actualité*, avril 2015, p. 20.

72 Philippe Malaurie, "L'effet pervers des lois", en *Droit Civil, procédure, linguistique juridique, Ecrits en hommage à G. Cornu*, Paris, DL, 1994, n.º 5, p. 310.

§2. RIGIDEZ EXCESIVA EN LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE FORMA

La necesidad de proteger de manera efectiva la voluntad del consumidor muestra la urgencia de integrar mecanismos que vayan más allá del formalismo informativo. Sin embargo, la rigidez de los jueces al aplicar exclusivamente la responsabilidad del derecho del consumo y apartar la responsabilidad del derecho común parece ser una amenaza para el consumidor.

La posibilidad de ir más allá del derecho del consumo no convence a los jueces. En efecto, en fallo del 1.° de julio de 1989 la Corte de Casación francesa negó la posibilidad de sancionar por medio del derecho común la protección del consumidor. La rigidez en la aplicación restrictiva de la responsabilidad del derecho del consumo, al excluir así la posibilidad de aplicar la responsabilidad del derecho común se vuelve en contra del consumidor. Así, parecería que "la trampa del formalismo está quizás en su mismo respeto"[73].

En este sentido,

> uno podría preferir pensar que sería posible ir más allá de las exigencias del formalismo acudiendo al derecho de las obligaciones. Podría resultar útil invocar la teoría de los vicios del consentimiento, bajo el ángulo del error o del dolo, en las condiciones que le son propias [...]. Su implementación, no de manera concurrente pero sí complementaria del formalismo, obraría eficazmente, satisfaciendo los intereses que dicho formalismo busca precisamente servir[74].

---

73 G. VIRASSAMY, Nota sobre Cas. 1.ª civ., Sentencia del 14 de junio de 1989, *JCP* 1991, II, 21632.

74 LEPAGE, óp. cit., p. 607.

El ejercicio realizado con la presente investigación nos permitió advertir, en primer lugar, la fundamentalidad y trascendentalidad del formalismo dentro del sistema de derecho. Queda claro que el formalismo es una institución indispensable para el derecho y que se sitúa en su base como técnica fundante y desarrolladora del ordenamiento jurídico.

No solo en el derecho romano, que fue fundamentalmente formalista, sino incluso en la actualidad, donde un formalismo renacido y transformado se ha implantado con fuerza, entre otras, con la innegable finalidad de proteger la voluntad contractual.

No hay ninguna duda de que las manifestaciones del formalismo se han multiplicado en la legislación contemporánea. Sin embargo, la jurisprudencia, por su parte, muestra una tendencia totalmente contraria: a veces destruye y a veces atenúa las reglas legales que descartan el consensualismo[1]. De igual manera, el acuerdo de voluntades ha permitido, con ciertas limitaciones, disponer de las reglas de forma y de prueba que rigen el contrato.

Este contexto muestra una evidente fluidez y flexibilidad del formalismo contractual contemporáneo, marcado por la posibilidad de la voluntad de las partes de estar a la fuente del formalismo, principalmente en materia de contratos electrónicos, donde salta a la vista la accesibilidad y fluidez de este nuevo formalismo.

De esta manera pudimos confirmar que el formalismo, de fuente legal y convencional, juega un papel innegable al servicio de la voluntad contractual. En consecuencia, el análisis del formalismo no puede ser separado hoy en día del estudio del consentimiento, en la medida que su protección es la razón y finalidad de la exigencia preventiva de formas informativas en el derecho contemporáneo.

Más allá, la indiscutible influencia del formalismo en el derecho contemporáneo de los contratos refuerza la idea según la cual la relación entre consensualismo y formalismo debe ser repensada. La amplitud del

---

1 JACQUES FLOUR, "Quelques remarques sur l'évolution du formalisme", en *Etudes offerts à Georges Ripert*, t. 1, Paris, LGDJ, 1950, p. 105.

fenómeno formalista en el sistema jurídico conduce inevitablemente a reconsiderar su lugar en la teoría general del contrato y a denunciar el mito de su carácter excepcional[2].

Finalmente, frente a las paradojas y dificultades expuestas, relativas a la aplicación de las reglas del formalismo informativo en el derecho contemporáneo, se constata la necesidad de combatir los desequilibrios contractuales y de proteger la parte débil a través de instrumentos adicionales y complementarios. Del lado del profesional, una obligación de consejo y advertencia, y del consumidor, la obligación de lectura y reflexión, como esencial para construir un consentimiento libre e informado.

2 VINCENT FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, tesis, LGDJ, 2007, p. 228.

BIBLIOGRAFÍA

OBRAS GENERALES, TRATADOS Y MANUALES

AUZERO, G. Y E. DOCKES. *Droit du travail*. Paris: Dalloz, 2015.

BENABENT, A. *Droit civil, Les obligations*, 12.ª ed. Paris: Montchrestien, 2010.

BEUDANT, CH. *Cours de droit civil français*, t. VIII, 2.ª ed. Paris: Rousseau, 1952.

CALAIS-AULOY, J. Y F. STEINMETZ. *Droit de la consommation*, 8.ª ed. Paris: Dalloz, 2010.

CORNU, G. *Vocabulaire juridique*, 8.ª ed. Paris: PUF, 2008.

DEMOGUE, R. *Traité des obligations en général*, t. I. Paris: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence Arthur Rousseau, 1923.

DEVIS ECHANDÍA, H. *Teoría general de la prueba judicial*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Dik, 1993.

FLOUR, J., J. L. AUBERT Y E. SAVAUX. *Droit civil, les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, 14.ª ed. Paris: Sirey, 2010.

GAUDEMET, J. *Droit Privé Romain*, 2.ª ed. Paris: Montchrestien, 2000.

GENY, F. *Science et technique en droit privé positif: Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, t. III. Paris: Sirey, 1921.

GHESTIN, J. *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3.ª ed. Paris: LGDJ, 1993.

HINESTROSA, F. *Tratado de las obligaciones II*, t. II, v. 1, *De las fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

JARAMILLO J., C. I. *Derecho privado, derecho de contratos*, v. 2. Bogotá: Ibáñez, 2014.

LAFONT PIANETTA, L. *Manual de derecho privado contemporáneo*. Bogotá: El Profesional, 2006.

Larroumet, Ch. *Droit civil, Les obligations*, t. 3, *Le contrat*, 6.ª ed. París: Economica, 2007.

Legaz y Lacambra, L. *Introducción a la ciencia del derecho*. Barcelona: Bosch, 1943.

Lévy, J. P. y A. Castaldo. *Histoire du droit civil*. Paris: Dalloz, 2002.

López Santa María, J. *Los contratos, Parte general*, t. 1. Santiago: Jurídica de Chile, 2005.

Malaurie, Ph. y L. Aynes. *Les contrats spéciaux*, 5.ª ed. Paris: Défrenois, 2011.

Malaurie, Ph., L. Aynes y Ph. Stoffel-Munck. *Droit civil, Les Obligations*, 2.ª ed. Paris: Defrénois, 2005.

Mazeaud, H. *Leçons de droit civil*, t. 2, v. 1, 9.ª ed. Paris: Montchrestien, 1998.

Parra Quijano, J. *Manual de derecho probatorio*, 18.ª ed. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2011.

Planiol, M. y G. Ripert. *Traité pratique de droit civil français,* t. ii, 2.ª ed. Paris: lgdj, 1957.

Rocha Alvira, A. *De la prueba en derecho. Actualizado con el código general del proceso y revisado por Alfonso Clavijo González*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2013.

Savigny, F. K. vons. *La ciencia del derecho*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1949.

Seriaux, A. *Droit des obligations*, 2.ª ed. Paris: puf, 1992.

Tarde, G. *Les transformations du droit: étude sociologique*. Paris: Collection Histoire des Idées, 1993.

Terré, Fr., Ph. Simler e Y. Lequette. *Droit civil, Les obligations*, 11.ª ed. Paris: Dalloz, 2013.

OBRAS ESPECIALES, TESIS Y MONOGRAFÍAS

ABDALLA FATHY, A. *Aspects nouveaux du formalisme dans les contrats, étude comparative*. Le Caire: Publications de l'Université du Caire, 1974.

AGUADO, J. L. *El deber de información en la formación de los contratos*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996.

ARRUBLA PAUCAR, J. *Evolución del derecho comercial*. Medellín: Jurídica Diké, 1997.

AUBERT, J. L. Y DUTILLEUL, F. C. *Le contrat. Droit des Obligations*, 4.ª ed. Paris: Dalloz, 2010.

BART, J. *Histoire du droit privé*, 2.ª ed. Paris: Montchrestien, 2009.

BAUDOIN, J. L. *La protection des consommateurs, Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XXIV. Paris: Dalloz.

BECQUÉ-ICKOWICZ, S. *Le parallélisme des formes en droit privé*. Paris: Panthéon-Assas, 2004.

BERLIOZ, G. *Le contrat d'adhésion*, 2.ª ed. Paris: LGDJ, 1976.

BIANCA, CESARE. *El contrato*, 2.ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

BORIES, A. *Le formalisme dans les contrats d'auteur, contribution à l'édification d'un droit d'auteur économique*. Montpellier: PU Aix-Marseille, 2007.

BOURRIER, CH. *La faiblesse d'une partie au contrat*. Paris: Brulant Académie, 2003.

BOUTONNET, M. *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*. Tesis, LGDJ, 2005.

CALAIS-AULOY, J. *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*. Tesis, LGDJ, 1959.

CALVET, L. J. *Historia de la escritura: De Mesopotamia hasta nuestros días*. Madrid: Paidós, 2001.

Carbonnier, Jean. *Droit Civil*, *Les obligations*, t. 4. Paris: puf, 1998.

Chabas, J. *De la Déclaration de volonté en droit civil français*. Tesis, lgdj, 1931.

Chardin, N. *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*. Tesis, lgdj, 1988.

Christianos, V. *Délai de réflexion: théorie et efficacité de la protection des consommateurs*. Tesis, Dalloz, 1993.

Corbino, A. *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, 2.ª ed. Torino: Giappichelli, 2006.

Cunha, V. *Le formalisme en droit des contrats*. Tesis, Nice, 2002.

De Bouard, F. *La dépendance économique née d'un contrat d'intégration en droit des obligations*. Tesis, lgdj, 2007.

Delmas Saint-Hilaire, Ph. *Le tiers à l'acte juridique*. Tesis, lgdj, 2000.

Deroussin, D. *Histoire du droit des obligations*. Paris: Economica, 2007.

Deveze, J. *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*. Tesis, Toulouse, 1980.

Duguit, L. *Des conflits de législation relatifs à la forme des actes civils*. Tesis, Bordeaux, 1882.

Duguit, L. *Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon*. Paris: F. Alcan, 1912.

Duriac, I. *Fonction de la validation de la signature*. Tesis, Université Panthéon Assas Paris ii, 1997.

Espitia Garzón, F. *Historia del derecho romano*, 4.ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

Fabre-Magnan, M. *De l'obligation d'information dans les contrats: Essai d'une théorie*. Paris: lgdj, 1992.

FERRIER, D. *Droit de la distribution*, 6.ª ed. Paris: Lexisnexis, 2012.

FIN-LAUGER, L. *L'équilibre contractuel*. Tesis, LGDJ, 2002.

FIORI-KHAYAT, C. *Essai sur le formalisme cambiaire: la forme, condition de l'engagement dans la lettre de change*. Paris: Versailles Saint-Quentin, 2004.

FORRAY, V. *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*. Tesis, LGDJ, 2007.

GAUDEMET, J. *Droit Privé Romain*, 2.ª ed. Paris: Montchrestien, 2000.

GROCIO, H. *Del derecho de presa, del derecho de la guerra y de la paz*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

GUASP, J. *Derecho procesal civil*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962.

GUERRIERO, M. A. *L'acte juridique solennel*. Tesis, LGDJ, 1975.

HALPÉRIN, J. L. *L'histoire du droit privé français depuis 1804*. Paris: PUF, 1996.

HAUTEREAU-BOUTONNET, M. *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*. Tesis, LGDJ, 2005.

HOUTCIEFF, D. *Le principe de cohérence en droit privé*. Tesis, PUAM, 2001.

HUET, J. Y H. MAISL. *Droit de l'informatique et des télécommunications*. Paris: Litec, 1989.

IHERING, R. von. *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*. Madrid: Comares, 1998.

IHERING, R. von. *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. III, 3.ª ed. Paris: Chevalier-Marescq, 1887.

ITEANU, O. *Internet et le droit. Aspects juridiques du commerce électronique*. Paris: Eyrolles, 1996.

JACQUEMIN, H. *Le formalisme contractuel: mécanisme de protection de la partie faible*. Paris: Larcier, 2010.

JHERING, B. *L'esprit du droit romain dans les diverses phrases de son développement*, t. III, 3.ª ed. Paris: Chevalier-Marescq, 1887.

JOLY-PASSANT, E. *L'écrit confronté aux nouvelles technologies*. Tesis, LGDJ, 2006.

JOSSERAND, L. *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*. Paris: Dalloz, 2006.

KARIMI, A. *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*. Tesis, LGDJ, 2001.

LABARTHE, F. *La notion de document contractuel*. Tesis, LGDJ, 1994.

LAFONT, S. *La soumission des personnes publiques au droit de la consommation*. Tesis, Litec, 2009.

LALANDE, ANDRÉ. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 17.ª ed. Paris: PUF, 2002.

LARGUIER, J. *La notion de titre en droit privé*. Paris: Dalloz, 1951.

LAUDE, A. *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*. Tesis, PU Aix Marseille, 1992.

LE GAC-PECH, S. *La proportionnalité en droit privé des contrats*. Tesis, LGDJ, 2000.

LEAUTE, J. *Les éclipses et les renaissances d'institutions en droit civil français*. Tesis, Paris, 1946.

LESAGE, A. *Droit romain: le Formalisme dans la législation romaine*. Tesis, 1895.

LIMBACH, F. *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales: de l'utilité du concept de déclaration de volonté*. Tesis, LGDJ, 2004.

LOZANO LÓPEZ, R. *El formalismo y su consideración en el código mercantil colombiano*. Tesis, Universidad Javeriana, Bogotá, 1982.

MAS, F. *La conclusion des contrats du commerce électronique*. Tesis, LGDJ, 2005.

MILL, J. S. *El utilitarismo: un sistema de la lógica*. Madrid: Alianza, 2007.

MOENECLAYE, P. *De la renaissance du formalisme dans les contrats en droit civil et commercial français*. Tesis, Lille, 1914.

MONTERO, E. *Les contrats de l'informatique et de l'internet*. Bruxelles: Larcier, 2006.

MONTREDON, J. F. *La désolennisation des libéralités*. Tesis, LGDJ, 1989.

NAVIA REVOLLO, J. F. *La reticencia como forma de dolo-vicio de la voluntad*. Tesis, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

NGUYEN, T. D. *Le formalisme en matière contractuelle*. Tesis, Université Paris 2 Panthéon Assas, 2001.

NICOD, M. *Le formalisme en droit des libéralités*. Tesis, Paris XII, 2000.

NOBLOT, C. *La qualité du contractant comme critère légal de protection : essai de méthodologie législative*. Tesis, LGDJ, 2002.

OSPINA FERNÁNDEZ, G. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7.ª ed. Bogotá: Temis, 2005.

PICOD, Y. Y H. DAVO. *Droit de la consommation.* Paris: Dalloz, 2005.

PIEDELIÈVRE, A. *Les transformations du formalisme dans les obligations civiles*. Tesis, Paris, 1959.

PORTALIS, J.-E.-M. *Discours préliminaire sur le projet du Code Civil*. Caen: Université de Caen, 1989.

RENGIFO GARCÍA, E. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. 2.ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

RIEG, A. *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*. Tesis, LGDJ, 1961.

RIPERT, G. *Etude critique de la notion de libéralité,* Cours du doctorat, Paris, 1930-1931.

RIPERT, G. *La règle morale dans les obligations civiles*, 4.ª ed. Paris: LGDJ, 1949.

ROMAIN, J. F. *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*. Bruxelles: Bruylant, 2000.

ROPPO, V. *El contrato del dos mil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

ROSENBERG, L. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Ejea, 1956.

ROUSSEAU, J. J. *Ensayo sobre el origen de las lenguas.* México: Fondo de Cultura Económica, 1982.

ROUSSIER, J. *Le fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'église*. Paris: F. Loviton, Domat-Montchrestien, 1933.

ROUXEL, R. *Recherche des principes généraux régissant l'évolution contemporaine du formalisme des actes juridiques*. Tesis, Caen, 1934.

ROYLOUSTAUNAU, C. *Droit social*. Paris: Dalloz, 1997.

RZEPECKI, N. *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*. Marseille: Presses Universitaires D'Aix-Marseille - Puam, 2002.

SALEILLES, R. *La déclaration de volonté*. Paris: F. Pichon, 1901.

SAUPHANOR, N. *L'influence de la consommation sur le système juridique*. Tesis, LGDJ, 2000.

STARCK, B., H. ROLAND Y L. BOYER. *Droit civil, Les obligations,* t. II, *Le contrat,* 6.ª ed. Paris: Litec, 1998.

STIGLITZ. R. *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección del consumidor*. Buenos Aires: Depalma, 1985.

TERRE, F. *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*. Tesis, 1955.

VANNES, VIVIANE. *Le contrat de travail: aspects théoriques et pratiques*, 2.ª ed. Bruxelles: Bruylant, 2003.

VILLEY, M. *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, 2.ª ed. Paris: Dalloz, 2002.

VIRASSAMY, G. Les *contrats de dépendance*. Paris: LGDJ, 1986.

VITTORIO, F. *Teoría de la interpretación jurídica*. Bogotá: Temis, 1991.

ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, 5.ª ed. Madrid: Trotta, 2003.

ZAMBRANO, P. *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica: una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.

ARTÍCULOS

AMMAR, D. "Preuve et vraisemblance". *RTD civ.*, 1993.

ARIAS BARRERA, L.-C. "Derecho del consumidor y su aplicación en el sector financiero". *Revista Emercatoria*, v. 7, n.º 1, 2008.

AUBERT, J. L. "Le formalisme (rapport de synthèse)". *Rép. Défrenois*, 2000.

AUBERT, J. L. "Les relations entre bailleurs et locataires en droit français". En *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges,* dir. J. Ghestin y M. Fontaine. Paris: LGDJ, 1996.

AYNES, L. "Formalisme et prévention". En *Le droit du crédit au consommateur*. Paris: Litec, 1982.

BACACHE, M. Y A. M. LEROYER. "Acte d'avocat: Acte sous seing privé contresigné par l'avocat - Acte authentique". *RTD civ.*, 2011.

BATTEUR, A. "La protection illusoire du consommateur par le droit spécial de la consommation: Réflexions sur la réglementation nouvelle régissant le contrat de voyages". *Defrénois,* 1996.

BEAUCHARD, J. "Les principes européens du droit de la consommation". En *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*. Paris: Dalloz 2004.

BEHAR-TOUCHAIS, M. "La sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels". *Revue des Contrats*, n.º 1, 2009.

BENABOU, V. L. "La confiance dans l'économie numérique". En *La confiance en droit privé des contrats*, dir. Valerie-Laure Benabou y Muriel Chagny. Paris: Dalloz, 2008.

Berlioz-Houin, B. y G. Berlioz. "Le droit des contrats face à l'évolution économique". En *Etudes offerts à Roger Houin*. Paris: Dalloz-Sirey, 1985.

Bernal Fandino, M. "Ventas a distancia y su tratamiento en el nuevo estatuto del consumidor". *Universitas*, n.º 124, 2012.

Binet, P. "A propos de la formalité du bon pour". *RTD civ.*, 1918.

Brasseur, P. "Le formalisme dans la formation des contrats. Approches de droit comparer". En *Le processus de formation du contrat, Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*. Bruxelles: Bruylant - LGDJ, 2002.

Brousseau, E. "L'économiste, le juriste et le contrat". En *Mélanges Jacques Ghestin*. Paris: Dalloz, 2004.

Cadiet, L. "Une justice contractuelle, l'autre". En *Le contrat au début du XXIe siècle, études Offerts à Jacques Ghestin*. Paris: LGDG, 2001.

Calais Auloy, J. "L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats". *RTD civ.*, 1994.

Canivet, G. y C. Champalaune. "Le comportement du consommateur dans la définition du marché". En *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*. Paris: Dalloz, 2004.

Catalá, P. "Le formalisme et les nouvelles technologies". *Defrénois*, n.º 15-16, 2000.

Catalá. P. "Les lois du marché". En *Mélanges Jacques Ghestin*. Paris: Dalloz, 2004.

Charfeddine, M. K. "L'écrit: une preuve à l'épreuve". En *Mélanges Jacques Ghestin*. Paris: Dalloz, 2004.

Charpentier, E. "Un paradoxe de la théorie du contrat: L'opposition formalisme/consensualisme". *Les cahiers du droit*, vol. 43, n.º 2, 2002.

Chinchilla Imbett, C. A. "El deber de información contractual y sus límites". *Revista Derecho Privado*, n.º 21.

Couturier, G. "Les finalités et les sanctions du formalisme". *Defrénois*, n.º 15-16, 2000.

Couturier, G. "Les relations entre employeurs et salariés professionnels en droit français". En *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-Belges*. Paris: LGDJ, 1996.

Croze, H. "Informatique, preuve et sécurité". *Doctrine*, 1987.

Davo, H. "Formalisme bancaire et protection du consommateur". En *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*. Paris: Dalloz, 2004.

De la Marniere, E. "Les législations de 'protection'". *Doctrine*, 1950.

De Ravel Esclapon, T. "La loi Consommation décryptée". *Dalloz Actualité*, 1 avril 2014.

Delpech, X. "Information et droit de rétractation des consommateurs: Le décret est paru". *Actualité Dalloz*, 23 septembre 2014.

Demouilin, M. y E. Montero. "Le formalisme à l'aune des contrats dématérialisés". En *Le processus de formation du contrat, Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*. Bruxelles: Bruylant, 2002.

Demoulin, M. y E. Montero. "La conclusion des contrats par voie électronique". En *Le processus de formation du contrat: contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*. Bruxelles: Bruylant, 2002.

Depadt-Sebag, V. "Les conventions sur la preuve". En *La preuve*, dir. C. Duiglier. Paris: Economica, 2004.

Devèze, J. "La forme du contrat électronique". En *Le contrat électronique, travaux de l'Association H. Capitant (2000)*. Paris: Panthéon Assas, 2002.

Dreifuss-Netter, F. "Droit de la concurrence et droit commun des obligations". *RTD civ.*, 1990.

Dubuisson, Bernard. "Les relations entre professionnels en droit belge". En *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges*. Paris: LGDJ, 1996.

Ferrier, D. "L'obligation d'informer le futur franchisé". *Revue des Contrats*, 2012.

Ferrier, D. "La loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques en matière de distribution (?)". *Recueil Dalloz*, 2015.

Ferrier, D. "La preuve et le contrat". En *Mélanges Cabrillac*. Paris: Litec, 1999.

Flour, J. "Quelques remarques sur l'évolution du formalisme". En *Etudes offerts à Georges Ripert*, t. 1. Paris: LGDJ, 1950.

Flour, Y. y A. Ghozi. "Les conventions sur la forme". *Defrénois*, n.° 15-16, 2000.

Fontaine, M. "La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles". En *La preuve, Actes du Colloque organisé les 12 et 13 mars 1987 à l'UCL*.

Fontaine, M. "La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (Rapports de Synthèse)". En *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, *Comparaisons franco-Belges*, dir. J. Ghestin y M. Fontaine. Paris: LGDJ, 1996.

Fortich, S. "*Solus consensus obligat*, principio general para el derecho privado de los contratos". *Revista Derecho Privado*, nº. 23, 2012.

Froger, D. "Contribution notariale à la définition de la notion d'authenticité". *Defrénois*, n.° 3, 2004.

Grimaldi, C. "Présentation de l'avant-projet de réforme du droit des contrats élaboré par la chancellerie en juillet 2008". En *Jornadas Colombianas Association Henri Capitant Des Amis de la Culture Juridique Française: Las transformaciones del derecho civil francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

Grynbaum, L. "Loi économie numérique: Le sacre des égalités formelles". *RDC*, avril 2005.

Guelfucci- Thibierge, C. "Libres propos sur la transformation du droit des contrats". *RTD civ*, 1997.

Guyon, Y. "Droit du marché et droit commun des obligations, Rapport de synthèse". *RTD civ.,* 1998.

Huet, J. "Eléments de réflexion sur le droit de la consommation". *Petites Affiches*, 8 nov. 2001.

HUET, J. "Formalisme et preuve, informatique et télématique". *JCP G*, 1989.I.3406.

HUET, J. "Libres propos sur la protection des consommateurs dans le commerce électronique". En *Mélanges Calais-Auloy*. Paris: Dalloz, 2004.

IDOT, L. "La protection par le droit de la concurrence". En *Les clauses abusives entre professionnels*, dir. Christophe Jamin y Denis Mazeaud. Paris: Economica, 1998.

JACOPIN, S. "Les mentions contractuelles 'coutumières': Un droit imaginaire? A propos des mentions manuscrites 'hors-la-loi'". *JCP*, I, 2001.

JACQUEMIN, H. "Les formes applicables à certains contrats conclus par voie électronique". En *Les pratiques du commerce électronique*. Bruxelles: Bruylant, 2007.

JAMIN, CH. "L'acte d'avocat". *Recueil Dalloz,* 2011.

JEANCLOS, Y. "Formalisme ou consensualisme: la sempiternelle querelle du droit des contrats". En *Hommage à G. Boulvert*. Paris: La Centre d'Histoire du Droit du LARJEJEPTAE, 1987.

JOSSERAND, L. "Aperçu général des tendances actuelles de la théorie générale des contrats". *RTD civ.*, 1937.

JOSSERAND, L. "La désolennisation des testaments". *D.H.*, 1932.

JOSSERAND, L. "Libéralisme et verbalisme". *D.H.,* 1933.

KOTEICH, M., M. L. NEME Y E. CORTÉS. "Formalismo negocial y neoformalismo. ¿Fundamento del sistema o protección de la parte débil?". *Revista Derecho Privado,* n.º 9, 2005.

LAGARDE, X. "Observations critiques sur la renaissance du formalisme". *JCP*. I 170, 1990.

LAGARDE, X. "Réflexions sur le fondement de l'art. 931 c. civ.". *RTD civ*. 1997.

LE TOURNEAU, P. "Contre le 'bon pour'". *Doctrine*, 1975.

LE TOURNEAU, P. "Quelques aspects de l'évolution des contrats". En *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*. Paris: Dalloz-Sirey, 1985.

Lepage, A. "Les paradoxes du formalisme informatif". En *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*. Paris: Dalloz 2004.

López Santa María, J. "Auge y deterioro de la libertad contractual". En *Estudios de Derecho civil, Obligaciones y Contratos, Homenaje a Fernando Hinestrosa*, t. II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

Lucet, F. "Le consensualisme et formalisme". *RJ com.,* 1995

Magnier, V. "Les sanctions du formalisme informatif". *JCP*, I.106, 2004.

Malaurie, P. "L'effet pervers des lois". En *Droit Civil, procédure, linguistique juridique, Ecrits en hommage à G. Cornu*. Paris: DL, 1994.

Malaurie, Ph. "L'effet prophylactique du droit civil". En *Liber Amicorum Jean Calais- Auloy*. Paris: Dalloz, 2004.

Mathey, N. "Le commerce électronique dans la loi n.° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique". *Contrats-conc-conso*, oct. 2004.

Mazeaud, D. "Contrats: L'acte sous seing privé contresigné par avocat". *Revue des contrats*, 1 juillet 2011.

Mazeaud, D. "Droit commun du contrat et droit de la consommation: Nouvelles frontières?". En *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*. Paris: Dalloz 2004.

Mazeaud, D. "Droit des contrats: réforme à l'horizon", *Recueil Dalloz*, 2014.

Mazeaud, D. "L'attraction du droit de la consommation". *RTD com.,* 1998.

Mazeaud, D. "La protection par le droit commun". En *Les clauses abusives entre professionnels*, dir. Christophe Jamin y Denis Mazeaud. Paris: Economica, 1998.

Mazeaud, D. "Le juge face aux clauses abusives". En *Le juge et l'exécution du contrat*, Colloque IDA, Aix en Provence, 1993.

Mazeaud, D. "Loyauté, solidarité, fraternité: La nouvelle devise contractuelle?". En *L'avenir du droit*, *Mélanges F. Terré*. Paris: Dalloz - PUF, 1999.

Mazeaud, D. "Une idéologie de l'information qui énerve le droit de la consommation". *Defrénois*, 1995.

Mestré, J. "Un panorama de décisions relatives au formalisme", *RTD civ.*, 1988.

Mousseron, J. M. "La gestion des risques par le contrat". *RTD civ.*, n.º 2, 1988.

Myoung, S. K. "La formalité 'délai supplémentaire' dans la résolution du contrat'". En *Mélanges Jacques Ghestin*. Paris: Dalloz, 2004.

Neme Villareal, M. L. "El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano". *Revista de Derecho Privado*, n.º 11, 2006.

Nerson, R. "La solennisassions de la vente d'immeuble". En *Mélanges Julliot de la Morandière*, 1966.

Noguero, D. "L'acceptation dans le contrat électronique". En *Le contrat électronique au cœur du commerce électronique*, dir. J. C. Hallouin y H. Causse. Paris: LGDJ, 2005.

Nuytten, B. y L. Lesage. "Regards sur les notions de consensualisme et de formalisme". *Defrénois*, 1998.

Oppetit, B. "Les tendances régressives dans d'évolution du droit contemporain". En *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*. Paris: Litec, 1990.

Ordoqui Castilla, G. "Las funciones del derecho de daños de cara al siglo XXI". En *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI: Derecho privado*, t. 4, vol. 2. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana - Temis, 2010.

Paisant, G. "À la recherche du consommateur". *JCP G*, I, 2003.

Passa, J. "Commerce électronique et protection du consommateur". *Dalloz*, n.º 6, 2002.

Passa, J. "Les règles générales du commerce électronique et leur application dans les rapports avec les consommateurs". *Petites Affiches*, n.° 27-35, 2004.

Pellet, S. "Les clauses de prévention des risques". *Semaine Juridique Notariale et Immobilière,* n.° 21-22, 2015.

Peña Valenzuela, D. "La protección del consumidor en el comercio electrónico". En *Perspectivas del derecho del consumo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

Piedelievre, S. "Le cautionnement excessif". *Rep. Defrénois*, 1998.

Piedelievre, S. "Le consommateur et le regroupement de crédit". *Gazette du Palais*, 6 y 7 Juni 2012.

Pinilla Cogollo, R. D. "Las funciones preventivas y disuasivas de la pena". *Facetas Penales*, n.º 54, 2006.

Pizzio, J. P. "La protection des consommateurs par le droit commun des obligations". *RTD com*, n.º 3, 1998.

Pizzio, J. P. "Le droit de la consommation à l'aube du XXe siècle. Bilan et perspectives". En: *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*. Paris: Dalloz, 2004.

Raynouard, A. "Adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et à la signature électronique". *Defrénois*, 2000.

Reich, N. "Droit et confiance". *Revue du Marché commun et de l'Union Européenne*, n.º 423, 1998.

Remolina Angarita, N. "Cláusulas contractuales y transferencia internacional de datos personales". En *Obligaciones y contratos en el derecho contemporáneo*. Bogotá: Universidad de la Sabana, 2010.

Rengifo García, Ernesto. "El deber precontractual de información". En *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, t. IV, v. 2. Bogotá: Temis, 2010.

Rincón Cárdenas, E. "Nuevo retos para el derecho privado. Las nuevas tecnologías de la información". *Revista Estudios Socio Jurídicos*, 2004.

Roppo, V. "Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho contractual europeo". *Revista de Derecho Privado*, n.º 20, 2011.

Saint-Esteben, R. "L'introduction par la loi LME d'une protection des professionnels à l'égard des clauses abusives: un faux ami du droit de la consommation". *Revue des Contrats*, n.º 3, 2009.

Salgado Ramírez, C. "Consideraciones sobre el deber precontractual de información y su particularidad en la relación de consumo". En *Perspectivas del derecho del consumo,* dir. C. L. Valderrama. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

Sauphanor-Brouillaud, N. "La confiance dans les contrats de la consommation". En *La confiance en droit privé des contrats*. Paris: Dalloz, 2008.

Sauphanor, N. "Clauses abusives". *Dalloz, Actualité*, avril 2015.

Serlooten, P. "Les orientations nouvelles de la protection des consommateurs en droit privé français". *Annales Université des Sciences Sociales de Toulouse*, n.º 27, 1979.

Sinay-Cytermann, A. "Les relations entre professionnels et consommateurs en droit français". En *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*. Paris: LGDJ, 1996.

Souphanor-Brouillaud, N. "La confiance dans les contrats de consommation". En *La confiance en droit privé des contrats, sous la direction de Valérie-Laure Benabou et Muriel Chagny*. Paris: Defrénois, 2008.

Steinmetz, S. "Le droit de la consommation… peut mieux faire". En *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*. Paris: Dalloz, 2004.

Stoffel Munck, Ph. "La autonomía del derecho contractual del consumo". *Revista de Derecho Privado*, 2013.

Trébulle, F. G. "La réforme du droit de la preuve et du formalisme". *Petites Affiches*, n.º 79, 2000.

Troncoso, M. I. "El principio de precaución y la responsabilidad civil". *Revista de Derecho Privado*, n.º 18, 2010.

Vassili, Ch. "Délai de réflexion: théorie et efficacité de la protection des consommateurs". *Dalloz*, 1993.

Vivant, M. "La protection du cyberconsommateur entre tentations, tensions et hésitations". En: *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*. Paris: Dalloz 2004.

JURISPRUDENCIA Y NOTAS DE JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA

Colombia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 15 de diciembre 1970, M.P. Guillermo Ospina Fernández.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 13 de junio de 1983, M.P. Humberto Murcia Ballén.

Colombia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 14 de junio de 1989, *Bol. civ*. I, nº. 240.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 mayo de 1999, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-662-00 del 8 de junio de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 12 de enero de 2007, Exp. 0145, M.P. C. J. Valencia Copete.

Francia, Tribunal de Rennes, Sentencia del 25 de febrero de 1841, S., 1841-2-429

Francia, Corte de Casación, Sentencia del 1.º de abril de 1862, D.P. 1862, 1, 433.

Francia, Corte de Casación, Sentencia del 23 de marzo de 1870, D. 1870, I. 327.

Francia, Corte de Casación, Sentencia del 23 de mayo de 1876, D. 1876, I, 254.

Francia, Corte de Casación, Sentencia del 30 de julio de 1884, S., 1885. I. 375.

Francia, Corte de Casación, Sentencia del 1.º diciembre de 1885, S. 1887.1.167, Grandes fallos nº. 146.

Francia, Corte de Casación, Sentencia del 17 de febrero de 1898, *Gaz. Pal* 1898, I, 305, D. 1901.

Francia, Corte de Casación, Sentencia del 8 de agosto de 1901, S., 1904, I, 481.

Francia, Corte de Casación, Sentencia del 6 de enero de 1936, D.H. 1936, 1, 115.

Francia, Corte de Casación, Sentencia del 4 de mayo de 1936, D.H. 1936-1-313.

Francia, Corte de Casación, Sentencia del 24 de marzo de 1942, D.C., 1942.

Francia, Corte de Casación, Sentencia del 14 de mayo de 1946, jurispr.

Francia, Corte de Casación, Sentencia del 3 de agosto de 1949, *Bull. civ.* III, n.º 894.

Francia, Corte de Casación, Cas. Civ. 1.ª, Sentencia del 5 de noviembre de 1952, *Bull. civ*. I, nº. 286.

Francia, Corte de Casación, Cas. Com., Sentencia del 25 de junio de 1958, *Bull. civ*. 1958, III, nº. 280; Gaz. Pal., 1958

Francia, Corte de Casación, Cas. Civ. 1.ª, Sentencia del 29 de junio de 1960, *Bull. civ.* I, nº. 355.

Francia, Corte de Casación, Sala Civ., Sentencia del 13 de junio de 1961, *Bull. civ.*, 1961, I, 245.

Francia, Corte de Casación, Sala Civ., Sentencia del 6 de julio de 1964, *Bull. civ*. 1964, I, 288.

Francia, Corte de Casación, Civ. 2.ª, Sentencia del 5 de abril de 1965, *Bull. civ*. II, nº. 349.

Francia, Corte de Casación, Civ 1.ª, Sentencia del 24 de noviembre de 1965, *Bull. civ*. 1965 I, nº. 652.

Francia, Corte de Casación, Civ., Sentencia del 12 de junio de 1967, *JCP* 1967, II, 15 225, *D*. 1967, 584.

Francia, Corte de Casación, 1.ª Civ, Sentencia del 15 junio 1973, *Bull. civ.* I, n.º 205.

Francia, Corte de Casación, 3.ª Civ, Sentencia del 26 junio 1973, *Bull. civ*. III, n.º 444.

Francia, Corte de Casación, Civ. 1.ª, Sentencia del 7 de abril de 1980, *Bull. civ.* I, n.º 142.

Francia, Corte de Casación, 3.ª Civ, Sentencia del 5 del enero 1983, *Bull. civ*. III, n.º 7.

Francia, Corte de Casación, Sentencia del 16 de abril de 1984, *Bull*. civ. IV, n.º 148;

Francia, Corte de Casación, 1.ª Civ., Sentencia del 2 de julio de 1991, *Bull. civ*. I, n.º 225.

Francia, Casación, Cas. Com., Sentencia del 27 de noviembre de 1991, *Bull. civ*. IV, n.º 364.

Francia, Corte de Casación, 1.ª Civ., Sentencia del 21 de enero de 1992, *Bull. civ*. I, no. 22.

Francia, Corte de Casación, Cas. Civ., Sentencia del 8 de julio de 1997, *D. Affaires* 1997.

Francia, Corte de Casación, 1.ª Civ., Sentencia del 6 de enero de 1998, *D.*, 1998.

Francia, Corte de Casación, 1.ª Civ., Sentencia del 30 de marzo de 1999, JCP, 2000, II. 10 334.

Francia, Corte de Apelación, CA Paris, Sentencia del 15 de septiembre de 1999, *Contrats. conc. consom*.

Francia, Corte de Casación, 1.ª Civ., Sentencia, 17 de julio de 2001, *D.*, 2001.

Francia, Corte de Casación, 1.º Civ, Sentencia del 29 de octubre de 2002, *Bull.civ.* I, n.º 248 y 250.

Francia, Corte de Casación, 1.ª Civ., Sentencia del 18 de marzo de 2003, *Bull. civ*. I, nº. 84.

Francia, Corte de Casación, 1.ª Civ., Sentencia del 8 de julio de 2003, *JCP G*, 2004. II.10107.

NOTAS DE JURISPRUDENCIA

AUBERT, J. L. Observación sobre Cas. 1.ª Civ, Sentencia del 28 de abril de 1987, *D.* 1987, *somm. comm*. 455.

AUBERT, J. L. Nota sobre Cass. 1.ª Civ., Sentencia del 14 junio 1989, *D.* 1989 somm.

AUBERT, J. L. Observación sobre Cass. Com., Sentencia del 6 de marzo de 1990, *Bull. civ.* IV, n.° 74, D. 1991, somm. 317.

AUBERT, J. L. Observación sobre Cass. 1.ª civ., Sentencia del 4 de marzo de 1997, *Bull. civ.* I, n.º 80, Defrénois, 1997, art. 36591, n.º 77.

AYNES, L. Observación sobre Cass. 1.ª Civ., Sentencia del 30 junio 1987, *D.,* 1987, *somm. comm.*

AYNES, L. Observación sobre Cass. com., Sentencia del 20 marzo 1990, *Bull. civ.* IV, n.º 83, D. 1990, somm. 383.

BERNARDEAU, L. Etiquetage et langue française: Les enseignements de l'arrêt Casino, *Contrats, conc. consom.*, 2001, chron., n.º 10, 2001.

BOCCARA. Observación sobre Cas. 1.ª civ., Sentencia del 27 de febrero de 1996, 1997, nº. 128.

BOIZARD, M. Nota sobre Montpellier 1.º Ch., sect. D, Sentencia del 9 de abril de 1987, *JCP* 1988, II, 20984.

CABRILLAC, M. Observación sobre Cass. com., Sentencia del 2 diciembre 1997, RTD, Com. 1998, 187.

CABRILLAC, M. y B. TEYSSIE, Nota sobre Cas. civ., *RTD* com. 1990, 79.

CHEVALIER, J. Nota sobre Cas. 1.ª civ., Sentencia del 24 de noviembre de 1965, *Bull. civ.* 1965 I, n.º 652.

CLARET, H. La loi Toubon du 4 août 1994 est-elle conforme au droit communautaire?, *Contrats, conc. consom.*, 2001, chron., n.º 5, 2001.

CORNU, G. Observación sobre Cass. 1.ª civ., Sentencia del 26 de noviembre de 1962, *D.* 1963.61, *RTD civ.* 1963.364.

DELEBECQUE, PH. Observación, *Defrénois* 1998, art. 36815, *RTD civ.*, 1998.

FERRIER. D. Observación sobre *D.* 1998, *somm.*

GAUTIER, P. Y. Observación sobre Cass. civ., Sentencia del 4 de junio de 1991, RTD civ. 1992, 403.

GAVALDA, CH. Nota sobre Cas. 1.ª civ. Sentencia del 8 de noviembre de 1989, dos fallos, *Bull. civ*. I, n.º 342, p. 230: *D.* 1990, J, 369 y *D.* 1990, J, 369.

GHESTIN, J. Observación sobre Cass. 1.ª civ., Sentencia del 3 mayo 1979, *Bull. civ.* I, n.º 128; D. 1980, IR, 262.

GONON, CL. Nota sobre Cass. 1.ª civ., Sentencia del 4 de marzo de 1997, *Bull. civ*. I, n.º 80, JCP G, 1997.II.2954.

JAMIN, CH. Observación sobre Sentencia del 30 de enero de 1996, *JCP G*, 1996, I, 3929.

JAUFFRET, A. Observación sobre Cas. civ., Sentencia del 30 de octubre de 1951, *D.* 1952, *jurispr.*

LARROUMET, CH. Nota sobre Cass. 3.ª civ., Sentencia del 20 de diciembre de 1994, *Bull. civ.* 1994, III, n.º 229; JCP G 1995.II, 22491.

LEVENEUR, Observación sobre Sentencia del 22 de octubre de 1996, *Contrats, conc., consom.*, febrero de 1997.

LEVENEUR, L. *Contrats., conc., consom.*, 1998, comm. 55.

MARTIN, D. R. Nota sobre Sentencia del 2 de diciembre de 1997, *Dalloz*, 1998.

MAZEAUD, D. Observación sobre Cass. com., 15 de noviembre de 1994, *Defrénois,* 1995.

MAZEAUD, D. Observación sobre Cass. 1.ª civ., Sentencia del 20 julio 1994, *Défrenois,* 1995.

MAZEAUD, D. Observación sobre Cass. 1.ª civ., Sentencia del 27 de junio de 1995, *Defrénois*, 30 novembre 1995.

MAZEAUD, D. Observación sobre Cass. 1.ª civ., Sentencia del 6 enero de 1998, *Défrenois,* 1998.

MAZEAUD, D. Observación a fallo de sentencia, París, 29 de enero de 1999, *Defrénois*, 1996.

MAZEAUD, D. Observación sobre Cass. 1.ª civ., Sentencia del 17d e julio de 2001, *Bull civ*. I, n.º 233.

MESTRE, J. Observación sobre Cass. 1.º civ., Sentencia del 14 de junio de 1989, *RTD civ*. 1989.

MESTRE, J. Observación sobre Cas. 3.ª civ., Sentencia del 27 de mayo de 1990, *Bull. civ*. III n.º 225, RTD civ. 1991.314.

MESTRE, J. Observación sobre Cas. com., 16 de abril de 1991, *Rev. trim. Dr. Civ*. 1992.

MESTRE, J. Observación sobre Versailles, Sentencia del 8 de julio de1994, *RTD civ.* 1995, 97.

MESTRE, J. Observación sobre Cass. 1.ª civ., 19 dic. 1995, *Bull. civ*. I, n.º 467, *RTD civ*. 1996.620.

MORIN, G. Nota Cas. 3ª civ., Sentencia del 2 de abril de 1979, *JCP* 1981, II, 19697, nota Dagot, *Defrénois,* 1980.

PAISANT, G. Nota sobre Cas. 1.ª civ., Sentencia del 24 de enero de 1995, *D.* 1995, 327.

PIEDELIÈVRE, S. Nota sobre Cass. 1.ª civ., Sentencia del 28 de marzo de 2000, *Defrénois,* 2000, n.º.22.

PIEDELIÈVRE, S. Nota sobre Cass. 1.ªciv., Sentencia del 29 de octubre de 2002, *Defrénois,* 2003.

PIEDELIÈVRE, S. Observación, *Gaz. Pal*. 2003, *Somm.* 2574, *RTD com.* 2003.554.

PIEDELIÈVRE, S. Nota sobre Cas. 1ª civ., Sentencia del 16 de mayo de 2012, n.º 11-17411, *Gazette du Palais*, 5 y 6 de septiembre de 2012.

RAYMOND, G. Observación sobre Cass. 1.ª civ., Sentencia del 13 de noviembre de 2002.

RONDEY, C. Observación sobre Cass. 1.ª civ., Sentencia del 20 de junio de 2000, *Defrénois,* 2000.

RONDEY, C. Observación, *D.* 2003. AJ 1036.

SCHMIDT, J. Nota sobre Cass. civ. 3.ª, 2 de mayo de 1978, *D.* 1979.

SCHMIDT, J. Nota sobre Cass. 3.ª civ., 14 enero 1987, G.P. 1987, panorama, p. 64, D. 1988, juris., p. 80.

VIRASSAMY, G. Nota sobre Sentencia del 8 de noviembre de 1989, dos fallos: 1.º Société Crédicas vs. Mme Cassan, 2.º Société Credicas vs. Mme Kalifaa.

VIRASSAMY, G. Nota sobre Cass. 1.ª civ., Sentencia del 14 de junio de 1989, JCP 1991, II, 21632.

VIRASSAMY, G. Nota sobre Cas. civ., *JCP* 1990, II, 21576.

WINTGEN, R. Nota sobre Cass. com., 3 de octubre de 2006, n.º 05-13.052.

A

Abogado
-Documento privado avalado por, p 68 y ss.
Abuso del derecho, 180, 213.
Aceptación,
-De la oferta, 83 y ss, 233, 246, 250 y ss
-Por medios electrónicos, 254
Acuerdo de principio, 250
Acto autentico, 74 y ss
-escritura pública, 76
Acto unilateral, 42
Acuse de recibo, 86, 88, 90
Arrendamiento, 44
Asimetría, 171, 181, 199
-informativo, 213, 267
Autonomía de la voluntad, *ver voluntad*

B

Buena fe, 46, 177, 199, 205, 251, 270

C

Canonistas, 46 y ss
Cesión de establecimientos de comercio, 270
Cláusula
-abusiva, 186, 189
-de reserva de dominio, 139
-penal, 139
Clic, 214, 253
-doble, *ver doble clic*
Coherencia, *ver deber de coherencia*
Comercio electrónico, 83 y ss, 91, 214, 237, 240, 263 y ss.
Compromiso unilateral, 42
Confianza, 175 y ss
Consensualismo, 41 y ss, 59, 82, 101 y ss, 280
-nacimiento del principio, 50 y ss
Consumidor, 90, 91, 124, 150, 160, 169 y ss., 178 y ss., 194 y ss.
Contrato
-a distancia, 85, 203, 214, 235, 242, 248, 263
-consensual, 82, 101 y ss.
-de aprendizaje, 118, 267
-de seguro, 141, 205, 241, 258 y ss.
-de distribución, 271
-de matrimonio, 78, 117
-de trabajo, 202, 265 y ss., 277
-de viaje, 258 y ss.
-definitivo, 102, 105, 108, 110
-electrónico, 80 y ss., 237, 253 y ss.
-formación del, 43, 82, 83, 122, 133, 160, 237, 249 y ss., 253
-interpretación del, 111
-preparatorio, 109, 110
-solemne, 24, 78, 103, 106, 108 y ss.
-sinalagmático, 69 y ss., 106, 265
Crédito
-al consumo, 178, 182, 261, 288
-inmobiliario, 247, 252, 261, 277

D

Deber de coherencia, 176
Deber de lectura, 67, 243 y ss.
Debilidad, 160, 169, 178, 181, 186, 213, 221, 264
Derecho
-bancario, 148, 258 y ss.
-de la competencia, 23, 188, 189, 267
-del consumo, 167 y ss., 229 y ss., 283.
-de la familia, 92, 210
-de sucesiones, 92
-natural, 48
-romano, 41 y ss., 51, 169
Documento
-privado, 68 y ss., 72, 76, 77, 131
-privado con firma de abogado, 68 y ss.
-público, 74 y ss.
Donación, 66, 78, 117, 122
Doble clic, 86, 87

E

Edad Media, 45 y ss.
Escrito, 24, 63 y ss., 103, 128, 130, 131, 145, 214, 232, 232, 233, 250, 266, 267
-electrónico, 79 y ss., 82, 90, 150, 232
-funciones, 65 y ss.
-nacimiento, 64 y ss.
Escritura pública, *ver documento público*
Equilibrio contractual, 141, 160, 170 y ss., 178, 184, 187, 190, 206, 213, 221, 265, 284

F

Firma
-electrónica, 92 y ss., 146, 149
-manuscrita, 69, 91
Formalismo
-alternativo, 116, 118 y ss.
-convencional, 99 y ss., 115 y ss.
-del doble, 70, 76
-electrónico, 79 y ss., 90 y ss., 214
-fluidez del, 116, 119, 124, 291
-funciones de, 191 y ss.
-primitivo, 41 y ss.
-renacimiento, 54 y ss., 169, 202, 257, 258
-utilitario, 39 y ss., 237
Formalismo informativo, 167 y ss.
Forma
-*ad probationnem*, 70, 77, 94 y ss., 125 y ss., 239
-*ad solemnitatem*, 66, 110, 112
-alternativa, 116, 118 y ss.
-convenida, 99 y ss., 115 y ss.
-de validez, 66, 110, 112
-igualdad de, 81, 82, 91, 112, 123, 124
-electrónica, 79 y ss., 90 y ss., 214
-imperativa, 116 y ss.
-sustituida, 119 y ss.
Franquicia, 195, 269, 270

G

Garantía, 71, 92, 178, 203, 204, 236, 239, 260, 271, 276
Glosadores, 46, 169
Griegos, 42

H

Hipoteca, 66, 78, 118, 121

I

Ignorancia legítima, 199, 201, 206
Individualismo, 47, 52, 56
Información, 66, 67, 72, 73, 75, 84, 85, 88, 89, 93, 94, 160, 161, 172, 173, 175, 176, 181, 193 y ss., 231 y ss., 252 y ss., 280 y ss.
Internet, 80, 84, 149

J

Juez, 97, 111, 114, 117, 128, 129, 135, 140, 153 y ss., 187, 280
Justicia contractual, 159, 160, 169 y ss., 186, 200

L

Lealtad, 177, 187, 199
Lengua, 180, 203, 204, 241
Libertad contractual, 33, 39 y ss., 108, 109, 119, 120, 122, 138, 143, 151, y ss., 160, 170, 194, 205, 232, 236, 237, 238, 269
Legibilidad, 66, 67

M

Mandato, 44, 71
Mención
-obligatoria, 234, 240, 241.
-manuscrita, 69, 71 y ss., 91, 239 y ss., 261, 276
Modernidad, 47, 50, 175

N

Notario, 66, 73, 74, 75 y ss., 105, 124
Nulidad, 70, 72, 88, 113, 114, 115, 121, 122, 154, 217, 218, 221, 222, 223, 233, 240, 241, 273, 274, 275, 276, 282

O

Obligación
-de información, 173, 176, 197 y ss., 221, 222, 235, 260
-de resultado, 140
Oferta, 80 y ss., 107, 204, 233, 235, 241, 246, 247, 251, 253, 277, 282, 288, 289
-interactividad de, 84
Orden público, 52, 135, 136, 137, 145, 151, 152, 153, 274

P

Pacta sunt servanda, 47, 83, 103, 248
Plazo de reflexión, 245 y ss.
Plazo de retractación, 247, 248, 249
Práctica restrictiva, 189
Prueba, 65, 70, 81
-acuerdo sobre, 125 y ss.
-carga de la, 140, 141, 143, 150
-equivalencia probatoria, 81
-literal, 65, 125 y ss.
-preconstituida, 132 y ss.
-principio de, 72, 129, 132
-testimonial, 128, 130 y ss., 142, 145
Prevención, 175, 207 y ss., 215 y ss., 273
Productor, 189, 268

Profesional, 72, 73, 87, 160, 170, 171 y ss., 181 200 y ss., 222, 234, 244, 245, 251, 271, 276, 284, 292, 294
Promesa, 71, 104, 113, 121, 146
Proporcionalidad contractual, 177 y ss.

R

Riesgos, 71, 87, 169, 179, 189, 193, 196, 197, 211 y ss., 220 y ss., 242, 250, 253, 287
Ritos, 42, 43
Ritualismo, 41 y ss.

S

Sanción, 51, 78, 88, 112 y ss., 154, 195, 199, 210, 211, 217, 218, 223, 231, 257, 274 t ss.
Seguridad jurídica, 73, 112, 139, 219
Simulación, 123
Solidaridad, 207
Solus consensus obligat, 46
Sustitución de forma, *ver forma sustituida*

T

Tercero, 67, 68, 73, 75, 79, 130, 152, 247, 274, 280.
Transformación del derecho, 53 y 173 y ss.

V

Vicio del consentimiento, 51, 215 y ss., 290.
Voluntarismo, 45, 48, 49, 50, 54 y ss.
Voluntad
-autonomía de la voluntad, 47 y ss., 51 y ss., 143, 146, 195, 200.
-encuentro de, 83 y ss.



Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en noviembre de 2018

Se compuso en caracteres Ehrhardt Regular de 12 puntos
y se imprimió sobre Holmen Book Cream de 60 gramos
Bogotá (Colombia)

Post tenebras spero lucem