

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO PRIVADO, PERSONA Y SOCIEDAD CON ÉNFASIS EN
CONTRATACIÓN CONTEMPORÁNEA

| | |
|---|-------------------------------------|
| Rector: | Dr. Juan Carlos Henao |
| Secretaria General: | Dra. Martha Hinestroza Rey |
| Decana Facultad de Derecho: | Dra. Adriana Zapata Giraldo |
| Director de Departamento de Derecho Civil: | Dr. Felipe Navia Arroyo |
| Director de tesis: | Dr. Javier Mauricio Rodríguez Olmos |
| Presidente de tesis: | |
| Examinador | |

SIEMENS REAGAN CARREÑO GONZÁLEZ

Interpretación de los contratos con el consumidor:

aplicabilidad de los criterios tradicionales de interpretación y su correspondencia con los criterios contemporáneos diseñados para los contratos con el consumidor

Bogotá D.C.

2021

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|--|-----------|
| I. INTRODUCCIÓN: EL PARADIGMA DECIMONÓNICO, LAS NUEVAS DINÁMICAS DEL MERCADO, EL CONTRATO Y CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN TRADICIONALES | 2 |
| II. EL CONTRATO CON EL CONSUMIDOR COMO CONTRATO ASIMÉTRICO | 3 |
| A. Del contrato negociado a los contratos con condiciones generales, de adhesión y con el consumidor | 6 |
| B. Diferencias entre el contrato con el consumidor y los contratos de adhesión y con condiciones generales | 9 |
| III. PARTICULARIDADES DEL CONTRATO CON EL CONSUMIDOR | 13 |
| A. El contrato con el consumidor y sus partes | 13 |
| B. Características del contrato con el consumidor | 14 |
| C. La incidencia destacada del principio de buena fe en el contrato con el consumidor | 17 |
| IV. LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN TRADICIONALES SE ADAPTAN PERFECTAMENTE A LAS DINÁMICAS DEL CONTRATO CON EL CONSUMIDOR | 27 |
| A. Una cuestión general sobre la interpretación contractual y la cuestión del método: subjetivo u objetivo | 27 |
| B. Los criterios tradicionales de interpretación de contratos siguen siendo aplicables en el ámbito de los contratos con el consumidor | 30 |
| C. Los criterios de interpretación contractual del código de bello son idóneos para interpretar el contrato con el consumidor | 39 |
| D. Las particularidades de los contratos con el consumidor han hecho surgir nuevas reglas de interpretación contractual | 40 |
| V. CONCLUSIONES | 46 |

Interpretación de los contratos con el consumidor: aplicabilidad de los criterios tradicionales de interpretación y su correspondencia con los criterios contemporáneos diseñados para los contratos con el consumidor

Siemens Reagan Carreño

RESUMEN. La revolución industrial llevó al surgimiento de estandarización y producción en masa en el siglo XX, por lo que aparecieron categorías como el contrato con el consumidor, que involucra asimetría jurídica, cognoscitiva y económica entre las partes, así como una efectiva protección. Antes que resultar inadecuadas, la contextualización del Código Civil de Bello y su comprensión con base en la buena fe muestran que las reglas de interpretación tradicionales aplican para dicho contrato porque responden a la asimetría al regular criterios de interpretación objetivos que restablecen el equilibrio entre las partes, la reciprocidad y la interdependencia propios del sinalagma.

PALABRAS CLAVE: Contrato asimétrico, contrato con el consumidor, desequilibrio contractual, cláusulas abusivas, interpretación contractual, buena fe, deberes de información, protección al consumidor, autonomía privada, criterios de interpretación tradicionales.

Interpretation of consumer contracts: applicability of the traditional interpretation criteria and their correspondence with the contemporary criteria designed for consumer contracts

ABSTRACT. The industrial revolution led to the emergence of standardization and mass production in the 20th century, for which categories such as the consumer contract appeared, which involves legal, cognitive and economic asymmetry between the parties, as well as effective protection. Rather than being inadequate, the contextualization of the Civil Code of Bello and its understanding based on good faith show that the traditional rules of interpretation apply to such contract because they respond to asymmetry by regulating objective interpretation criteria that restore the balance between the parties, the reciprocity and interdependence of the synalagma.

KEYWORDS: Asymmetric contract, consumer contract, contractual imbalance, abusive clauses, contractual interpretation, good faith, information duties, consumer protection, private autonomy, traditional interpretation criteria.

SUMARIO. I. Introducción. II. El contrato con el consumidor como contrato asimétrico. A. Del contrato negociado a los contratos con condiciones generales, adhesión y con el consumidor. B. Diferencias entre el contrato con el consumidor y los contratos de adhesión y con condiciones generales. III. Particularidades del contrato con el consumidor. A. El contrato con el consumidor y sus partes. B. Características del contrato con el consumidor. C. La incidencia destacada del principio de buena fe en el contrato con el consumidor. IV. Los criterios de interpretación tradicionales se adaptan perfectamente a las dinámicas del contrato con el consumidor. A. Una cuestión general sobre la interpretación contractual y la cuestión del método subjetivo u objetivo. B. Los criterios tradicionales de interpretación de contratos siguen siendo aplicables al ámbito de los contratos con el consumidor. C. Los criterios de interpretación contractual del código de Bello son idóneos para interpretar el contrato con el consumidor. D. Las particularidades de los contratos con el consumidor han hecho surgir nuevas reglas de interpretación contractual. V. Conclusiones.

I. Introducción: el paradigma decimonónico, las nuevas dinámicas del mercado, el contrato y criterios de interpretación tradicionales

El siglo XIX fue testigo de la máxima exaltación de la voluntad como poder soberano. El nuevo orden instaurado por la revolución francesa hizo concebir a sus pensadores la ilusión de una sociedad compuesta por hombres libres, fuertes y justos, que ideal y espontáneamente regularan sus relaciones recíprocas¹. En este contexto, el contrato fue concebido como una libre e igualitaria regulación de intereses patrimoniales en la que las partes, en virtud de la autonomía privada, estipulan el contenido del contrato por medio de la manifestación de un consentimiento libre de vicios. Según Fouillé², los contratos valían porque eran queridos, de lo que se desprende que lo que es libremente querido es justo.

Sin embargo, las nuevas dinámicas del mercado y las pretensiones económicas de sus agentes, consistentes en producir, comercializar y adquirir masivamente bienes y servicios³, hicieron surgir “nuevos” tipos de relaciones entre los particulares, ya no signadas por la libertad y la igualdad propias de las codificaciones del siglo XIX y comienzos del XX, pues se trata de relaciones que en su mayoría son desiguales y dan lugar a los fenómenos regulatorios sectoriales o a la aparición de nuevos contratos⁴ estructurados en formas preimpresas o predeterminadas, en los cuales una parte predispone o preestablece las condiciones del contrato y la otra simplemente manifiesta su voluntad de aceptar o no tales condiciones, lo que revela claras asimetrías de información⁵. En este contexto, el desarrollo de las grandes empresas, la producción industrial, la masificación de los procesos de producción y distribución⁶, la despersonificación de los proveedores y la proliferación de los contratos por adhesión dieron lugar al contrato con el consumidor⁷.

Dado lo anterior, el paradigma clásico liberal del contrato comienza a sufrir erosiones ante la evidencia de una proliferación de situaciones de desequilibrio estructural en la sociedad. Esta constatación de la realidad social despertó preocupaciones entre los juristas sobre la forma de afrontar ese ‘nuevo’ contrato que rompía con el paradigma de igualdad entre los contratantes⁸. Tal preocupación lleva a

¹ BORDA, A., *Manual de derecho civil: contratos*, 1.ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2016, 8-9.

² BORDA, A., *Ibid.*, 8-9.

³ ITURRASPE, J. y LORENZETTI, R., *Defensa del consumidor*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003, 96.

⁴ CASTRO, M., *Modernización de las obligaciones y los contratos: seis estudios*, Bogotá, Temis y Universidad de los Andes, 2015, 155.

⁵ PLATA, L. y MONSALVE, V., “La interpretación contractual: estudio desde la jurisprudencia colombiana y la entrada en vigencia del nuevo estatuto de protección a los consumidores (NEC) ley 1480 de 2011”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Universidad de la Costa, vol. 44, n.º 120, 2014, 17-46.

⁶ CFR. KESSLER, F., “Contracts of Adhesion-Some Thoughts about Freedom of Contract”, *Columbia Law Review*, vol. 43, n.º 5, 1943, 629-642, 629, citado por SALAZAR, en “Asimetrías de información y análisis económico de los contratos de adhesión: una reflexión teórica sobre el ejercicio de la libertad contractual”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes, n.º 37, 2006, 5.

⁷ En ese sentido, véase DURAND, J., “El derecho del consumidor y sus efectos en el derecho civil, frente a la contratación de consumo en el mercado”, *Vox Juris*, Universidad de San Martín de Porres, vol. 24, n.º 2, 2012, 97.

⁸ SALLEILES, R. “De la déclaration de volonté. Contribution a l’ étude de l’acte juridique dans le Code civil Allemand”, Paris, Pichon, 1901, 229 y ss., citado por RODRÍGUEZ, J., “La arquitectura de la hermenéutica contractual en el código civil de Andrés Bello: vigencia y transformaciones”, en NAVIA, F. y CHINCHILLA, C., (eds.), *La vigencia del código civil de*

replantear la teoría general del contrato, entre otros muchos aspectos, en particular con respecto a los criterios tradicionales de interpretación del contrato y a la pregunta acerca de si los criterios de interpretación consagrados en los códigos decimonónicos y contruidos bajo el paradigma de la libertad e igualdad formal y material de los contratantes se aplican a los nuevos contratos surgidos a raíz de las nuevas dinámicas del mercado, en los que una de las partes ostenta la condición de profesional y el conocimiento de los bienes y servicios que ofrece, y el otro contratante carece de estas condiciones pero que contrata el producto o servicio que le ofrece el primero debido a su necesidad, sin tener en la mayoría de los casos la posibilidad de discutir o disentir el contenido del programa contractual.

En virtud de lo anterior, la pregunta que se va a afrontar en este trabajo es si los criterios tradicionales de interpretación contractual se adecúan a la dinámica del contrato con el consumidor. A partir de una lectura contextualizada de todos los criterios de interpretación del código civil de Bello, y orientando a la interpretación del contrato con apoyo a la buena fe, llegamos a la hipótesis de que las reglas de interpretación tradicionales se aplican y ajustan perfectamente a las nuevas dinámicas del contrato con el consumidor, dado que el Codificador tuvo en cuenta las desigualdades latentes entre los contratantes al regular criterios de interpretación marcadamente objetivos que tienden a restablecer el equilibrio de las partes, la reciprocidad y la interdependencia propios del sinalagma, por lo que tales criterios complementan las reglas contemporáneas diseñadas para interpretar el contrato con el consumidor. Para fundamentar esta hipótesis, seguiremos la siguiente exposición: en un primer momento vamos a exponer el contrato con el consumidor como contrato asimétrico, con el fin de delimitar claramente la categoría de contratos en la que enfocaremos nuestro análisis, haciendo diferencias con otras figuras que normalmente tienden a confundirse. En un segundo momento, analizaremos las particularidades del contrato con el consumidor, a partir de las cuales la doctrina y la jurisprudencia en ocasiones ha fundamentado su prevención frente a la aplicación de los criterios tradicionales de interpretación, y adicionalmente señalaremos que el principio de buena fe tiene un papel preponderante en el contrato con el consumidor debido a su carácter asimétrico, lo cual servirá de punto de conexión con el análisis que se abordará en el siguiente capítulo. En tercer lugar, vamos a estudiar los criterios de interpretación contenidos en el código civil para verificar su aplicación a la situación particular que se expondrá en los acápites anteriores, para así mismo analizar cómo esas particularidades han implicado la necesidad de implementar nuevas reglas de interpretación, que guardan relación con los criterios de interpretación tradicionales del código civil. Para lograr este objetivo se recurre a un análisis normativo, jurisprudencial y doctrinal, tanto de fuentes nacionales como extranjeras —en cuanto la doctrina extranjera sea pertinente— sobre el tema.

II. El contrato con el consumidor como contrato asimétrico

El contrato tradicional, concebido en torno a las ideas de acuerdo libre, paritario y negociado, fue replanteado por la realidad del mercado que puso en evidencia la existencia de relaciones asimétricas entre sus agentes⁹. Estas desigualdades permearon a los nuevos modelos de contratación que empezaron a construirse luego de la revolución industrial —contrato con condiciones generales,

Andrés Bello, análisis y prospectivas en la sociedad contemporánea, 1.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020, 315.

⁹ GETE-ALONSO, M. “La formación del contrato”, en GETE-ALONSO, M., GIL, J. y PUIG, L., *Manual de derecho civil II. Derecho de obligaciones, responsabilidad civil y teoría general del contrato*, 3.^a ed., Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2000, 579.

contrato de adhesión y contrato con el consumidor—, que han sido trabajados por una parte de la doctrina italiana¹⁰ bajo la macro categoría de contrato asimétrico.

Efectivamente, el contrato asimétrico agrupa varios supuestos de hechos, entre los que se encuentran los contratos celebrados entre un consumidor y un profesional¹¹ —que constituyen el objeto del presente estudio— y aquellos celebrados entre empresarios cuando existe un contratante débil y uno fuerte, los cuales se fundamentan en una *ratio* en larga medida común, que sería la identificación de la existencia de significativas asimetrías de mercado que colocan a una parte en posición de debilidad con respecto a la otra. A su vez, implica la exigencia de una disciplina contractual orientada hacia la protección de la parte débil, que implica que pueda imaginarse un derecho contractual de las fallas del mercado como cuerpo normativo apreciablemente unitario, construible a tal punto en torno a la categoría de contrato asimétrico¹².

La categoría de contrato asimétrico es elaborada por una parte de la doctrina italiana para estudiar de forma conjunta estas diferentes situaciones de asimetría —de información, profesional o cultural— producidas por el mercado y agrupar bajo dicha categoría no solo las presentadas en el contrato con el consumidor, sino además aquellas situaciones análogas como sería la del empresario débil cuando entra en contacto con otro profesional que ejerce sobre él una facultad especial que lo haga contratante fuerte, y en estos, la asimetría obedece a un factor general y homogéneo que determina la debilidad de una parte u otra. De esta forma se controla la aplicación por parte del contratante fuerte de cláusulas abusivas. Dicho control operaba de manera excepcional para los contratos de suministro entre empresarios con fundamento en la dependencia económica, y estaba reservado exclusivamente para los contratos con el consumidor en función de la asimetría de información, profesional o cultural del consumidor que, por definición, es el contratante débil dado el rol y la ubicación que ocupa en el mercado frente a un profesional que, a su vez, se constituye como contratante fuerte. En consecuencia, se considera que un contrato es asimétrico cuando una parte de la relación contractual ejerce un poder preponderante sobre la otra, bien sea por su nivel de conocimiento, su capacidad de negociación, sus condiciones culturales, económicas, sociales y profesionales, o por las particularidades de los bienes que produce o comercializa¹³.

Por lo tanto, el contrato con el consumidor es un contrato asimétrico en tanto que, de manera general, se presentan situaciones que generan asimetrías de poderes entre los contratantes. De ahí que el contrato con el consumidor esté concebido sobre el paradigma de la asimetría negocial, caracterizado por la existencia de relaciones asimétricas entre los contratantes producidas por el mercado¹⁴, que generan una disparidad en el poder de negociación de las partes y que conllevan a concebir tal modalidad de contrato como asimétrico —aunque no es el único, como veremos a paso seguido—.

¹⁰ Véase para más detalle ROPPO, V., *El contrato del dos mil. Ensayos de la Revista de Derecho Privado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

¹¹ Mas adelante, al abordar las características del contrato con el consumidor, entre estas, referiremos que es un contrato asimétrico. Ver *Infra* págs. 14 y 15.

¹² ROPPO, V., “Derecho y economía conductual, regulación del mercado y el sistema de contratos”, *Advocatus*, Universidad de Lima, vol. 31, 2013.

¹³ En este sentido, véase HINESTROZA, F., “Estado de necesidad y estado de peligro, ¿vicio de debilidad?”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 8, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, 18.

¹⁴ ROPPO, V., “Derecho y economía conductual”, *cit.*, 31-32.

Debido a la asimetría negocial, dichos contratos implican una tutela efectiva por parte del Estado¹⁵ para el logro de la defensa de los consumidores¹⁶ antes, durante y después de contratar, así como la aplicación con mayor rigor del principio de la buena fe, de cuyo contenido obligatorio se derivan obligaciones principales en aras de proteger al consumidor¹⁷; en consecuencia, y desde el punto de vista de la integración, implican que se hayan configurado nuevos mecanismos que permiten la intervención más intensa en el contenido del contrato para garantizar un mínimo de justicia contractual¹⁸.

De lo planteado se infiere, en sentido amplio, que el contrato asimétrico aglomera los modelos de contratación —contrato con condiciones generales, contrato de adhesión y contrato con el consumidor—, puesto que en ellos se presentan las asimetrías de poder negociales, intelectuales, profesionales, de información y culturales producidas por las patologías del mercado, aunque en estricto sentido esa parte de la doctrina italiana¹⁹ ha propuesto no acuñar la denominación ‘contrato con el consumidor’ sino hacer referencia a ‘contratos asimétricos’, para cobijar tanto a los contratos con el consumidor propiamente dichos —los celebrados entre una parte cualificada, el profesional y una parte no calificada en la materia del contrato, el consumidor— como a los realizados entre empresarios, en los que se presentan dichas asimetrías.

Consideramos pertinente tomar la categoría de contrato asimétrico porque nos parece bastante ilustrativa y útil, y aunque en este trabajo nos limitaremos al análisis del contrato con el consumidor, resulta pertinente tener en cuenta que el contrato asimétrico encuadra al contrato con el consumidor, además de otros modelos de contratación. Por ende, ahora es necesario distinguir el contrato con el consumidor de otras figuras jurídicas que le son muy cercanas, pero que es importante diferenciar: el contrato de adhesión y el contrato con condiciones generales. A continuación, se presentan tales distinciones.

A. Del contrato negociado a los contratos con condiciones generales, de adhesión y con el consumidor

Para tratar la interpretación del contrato se hace necesario puntualizar a qué tipo de contrato se hace referencia. Con este propósito, se parte del contrato consagrado en los códigos decimonónicos, en especial del código civil francés de 1804. En esta época, la meta del derecho era el individualismo, evidente en el postulado de una abstracta igualdad de sujetos que tienen libertad de obligarse y de

¹⁵En este mismo sentido, Plata y Monsalve también advierten que la necesidad de proteger íntegramente al consumidor, potencial o actual, actúa como una idea motriz de una serie de acciones de política legislativa, por la que muchos países han consagrado en sus constituciones preceptos, valores y principios que dan sustento a la protección de los consumidores, y que hacen que se haya convertido en una realidad jurídica lo que ya era una realidad socioeconómica. En virtud de ello, se consagran valores superiores como la democracia económica y la participación, la solidaridad social, la igualdad material y la justicia social. PLATA, L., y MONSALVE, V., “La interpretación contractual”, cit., 30.

¹⁶ BORDA, A., *Derecho civil contratos*, 1.ª ed., Buenos Aires: La Ley, 2016, 19-20.

¹⁷ Ver infra literal C del capítulo III.

¹⁸ RODRÍGUEZ, J. “La interpretación de los contratos con el consumidor: elementos para la contextualización de la problemática (primera parte)”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n° 24, 2013, 160 y ss.

¹⁹ Consúltese la obra de ROPPO, V., *El contrato del dos mil*, cit., 90-98.

decidir el destino de los propios negocios, que a su vez lleva a la consolidación del dogma de la libertad negocial²⁰.

Los códigos europeos del siglo XIX, y en particular el francés, fueron elaborados bajo la fuerte influencia del liberalismo clásico, que imponía sus criterios a todas las instituciones jurídicas, entre ellas al contrato. La igualdad y la libertad postuladas en este contexto debían involucrar la igualdad económica y, por algún efecto mágico, la igualdad social y jurídica²¹.

En efecto, el contrato que en la filosofía iusnaturalista había sido concebido como acuerdo de voluntades, pasó a ser entendido como producto de la libertad y de la igualdad²². En él, las partes determinan íntegramente su contenido contractual mediante la exteriorización de su voluntad, que se concreta en la manifestación de un consentimiento libre de vicios; así, en un plano de igualdad frente a los demás, las partes tienen plena libertad para obligarse siendo responsables de lo pactado²³. Dicha manifestación de voluntad exteriorizada permite dirigirse hacia dos aspectos particulares, que son la decisión o no de celebrar el negocio jurídico y la configuración del contenido específico del mismo, denominados respectivamente libertad de contrato y libertad de contenido²⁴.

En este contexto histórico surge la forma clásica de contrato, correspondiente al denominado *contrato paritario o negociado*, que implica la deliberación, negociación, discusión sobre sus cláusulas y elaboración por parte de sujetos que gozan de plena libertad para consentir y disentir²⁵.

Tal contrato se caracterizó por ser fruto de la libertad y, en especial, de la autonomía privada, según la cual las partes pueden celebrar las más variadas convenciones para intercambiar bienes y servicios a fin de satisfacer sus necesidades, de forma que crean para sí derechos y obligaciones. De manera general, el Estado liberal del siglo XIX no podía intervenir en el contrato, pues en tanto expresión de la voluntad libre y la igualdad de los individuos, y por ser fruto de la decisión de los interesados, se presumía que el contrato era justo, sin importar que existiese desproporción entre las prestaciones, pues era algo querido por las partes²⁶.

En definitiva, el contrato clásico se asienta en la voluntad de las partes²⁷, de la que emana su fuerza obligatoria —igual que la ley del Estado— e intangibilidad, por lo que la voluntad se constituye en un requisito esencial para su existencia. En efecto, lo fundamental es el contenido de la voluntad y no su

²⁰ NEME, M. “La buena fe como el eje del proceso de integración e interpretación del contrato en el Código Civil de Bello: consonancia con la función social del contrato y con la tutela de los derechos fundamentales”, en NAVIA, F. y CHINCHILLA, C., (eds.), *La vigencia del código civil de Andrés Bello*, cit., 236.

²¹ VEGA, Y., “El derecho del consumidor y la contratación contemporánea”, en ALTERINI, A., MOZOS, L y SOTO, C., *Contratación contemporánea. Contratos modernos, derecho del consumidor*, t. II, 1ª ed., Perú y Bogotá, Palestra y Temis, 2000, 528.

²² VEGA, Y., *ibid.*, 529.

²³ ALESSANDRI, A, *De los contratos*, 2ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2009, 11.

²⁴ SHAFER, H. y OTT, C. *Manual de análisis económico del derecho civil*, 1ª ed., Madrid, Tecnos, 1991, 122.

²⁵ BORDA, A., *Manual de Derecho civil contratos*, cit., 18-19.

²⁶ VEGA, Y., “El derecho del consumidor y la contratación contemporánea”, cit., 529-530.

²⁷ GAUDEMET, E., *Las fuentes de las obligaciones*, Bogotá, Leyer, 2007, 2.

forma exterior, por lo que en caso de disconformidad se debía dar prevalencia a la primera sobre la segunda²⁸.

De alguna manera, el Código Civil de Bello parte de estas ideas porque recoge el modelo de la estructura del contrato como consenso, al regular en el artículo 1502 el consentimiento como requisito para poder obligarse, y en el artículo 1602 el principio de la autonomía privada, que indica que el contrato es obligatorio porque es querido y que, en virtud de tal consentimiento, emana la fuerza obligatoria del contrato —pues el acuerdo de voluntades obliga a los contratantes ya que, si bien son libres en el momento que deciden contratar, deben cumplir la obligación asumida o responder por el incumplimiento—. Sin embargo, Bello trasciende a tales postulados al reconocer a los institutos de la causa y el objeto lícito como requisitos para la eficacia del contrato, y a la buena fe contractual con una fuerza preponderante en el código civil, en comparación con otros códigos de su misma época. Por último, en materia de interpretación, consagró en el artículo 1618 la idea de la prevalencia de la intención común sobre el tenor de las palabras que, si bien esta regla establece la prevalencia de la intención común, ello no implica un voluntarismo absoluto, sino que debe entenderse de la forma en que se explicará con algún detalle²⁹.

Con la llegada de la revolución industrial se da paso a un nuevo modelo de economía que ya no se basa en la subsistencia sino en la acumulación de capitales y la producción a mayor escala³⁰. Esta dinámica implicó la planeación y sistematización de los procesos de producción, comercialización, distribución y consumo masivo de bienes y servicios³¹, lo que determinó el surgimiento de nuevas formas de contratar estandarizadas y la superación del paradigma francés del contrato mediante negociación previa y equilibrio de prestación de intereses, dado que en las nuevas formas de contratar —contemporáneas— se producen situaciones de desequilibrio estructural en la sociedad³². Los modelos de contratación que emergieron son el contrato por adhesión, el contrato con condiciones generales y el contrato con el consumidor.

El fenómeno de la estandarización implica las categorías de la predisposición unilateral y de la adhesión. Esto quiere decir que los contratos de la moderna economía de masa están unilateralmente predispuestos, pues el texto contractual no surge de una tratativa entre la empresa y el cliente en la cual este pueda hacer valer sus razones e intereses para la conformación del contrato, sino que es elaborado por la propia empresa interesada y presentado al cliente como un contrato completamente perfeccionado y no modificable. Por ello, los contratos de la economía de masa son ‘por adhesión’, ya que el cliente se ‘adhiera’ al contrato estándar y de esta manera lo acepta sin discutirlo o sin llegar a gravitar con su voluntad acerca de su contenido³³. Esto pone de presente que la autonomía privada, tal

²⁸ RESCIGNO, P., “Apuntes sobre autonomía negocial”, *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano*, 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, 101, citado por HERRERA, F., “El contrato de consumo: notas características”, *Principia Iuris*, Universidad Santo Tomás, n.º 17, 2014, 24.

²⁹ Más adelante analizaremos detenidamente esta regla de interpretación para determinar que es procedente en los contratos con el consumidor, ver infra págs. 29 a 32.

³⁰ ÁLVAREZ, J., “El contrato: del individualismo liberal a la masificación de las relaciones económicas”, *Revista Justicia Juris*, Universidad Autónoma del Caribe, vol. 9, n.º 1., enero-junio, 2013, 56-69.

³¹ SÁNCHEZ, J., “Contratos de contenido predispuesto: la adhesión y las condiciones generales de contratación”, en CASTRO, M. (coord.), *Derecho de las obligaciones, con propuestas de modernización*, t. II, 2ª ed., Bogotá, Universidad de los Andes y Temis, 2016, pág. 75.

³² RODRÍGUEZ, J., “La arquitectura de la hermenéutica contractual”, cit., 315.

³³ ROPPO, V., “El contrato”, *Gaceta Jurídica*, Lima, 2006, 143.

y como se concibió en el contrato negociado, resultó ser poco funcional, pues la agilidad requerida para alcanzar un gran volumen de operaciones no es armónica con la posibilidad de discutir el contenido negocial³⁴. La estructura de estos contratos ya no es el fruto de la concertación o de la negociación y la deliberación *in extenso* por parte de sus celebrantes³⁵, pues ahora lo fundamental está dado por la adquisición de bienes y servicios que debe operar sin ningún tipo de reflexión o discusión, simplemente mediante la adherencia a las condiciones preestablecidas por el productor³⁶.

En el contrato con condiciones generales un contratante es quien predispone todas las condiciones del negocio para una pluralidad de sujetos a efecto de que ellos contraten de manera rápida con el oferente del producto o comercializador del bien o servicio. Por su parte, en el contrato de adhesión una parte se adhiere a las condiciones establecidas por la otra, sin la posibilidad de negociar el contenido del contrato³⁷. Por tanto, mientras que en Alemania se empezaba a construir el instituto de las condiciones generales de contratación a finales del siglo XIX, para 1901 ya se había desarrollado la modalidad de los contratos de adhesión en Francia, con los trabajos de Raimond Saleilles³⁸. Estas dos modalidades de contratación miran hacia un mismo punto, consistente en que una de las partes define las condiciones del negocio y la otra se adhiere, lo que habitualmente significa en la práctica que las condiciones generales terminan perfeccionándose por medio de la adhesión a las mismas por parte del contratante débil; sin embargo, presentan diferencias que son determinadas por el punto de vista de la parte en la cual se realiza el enfoque: en la parte que define las condiciones del negocio o en la parte que se adhiere. De esta manera, el fenómeno de la estandarización conlleva a la predisposición de las condiciones generales del contrato, las cuales generalmente terminan por perfeccionarse a través de la adhesión a las mismas por parte del contratante débil³⁹.

El desarrollo dogmático de las modalidades contractuales referidas va unido con el fenómeno de las desigualdades cada vez más latentes en el tráfico comercial entre profesionales y consumidores. En consecuencia, dichas figuras se presentan generalmente frente a una categoría de contratos cualificada por el estatus de los contratantes y conocida específicamente como contratos con el consumidor. En ellos —como se presenta más adelante—, una de las partes —llamada ‘consumidor’— se enfrenta a la otra —llamada ‘empresario’ o ‘profesional’— en términos de desigualdad de conocimientos técnicos y de capacidades financieras para la negociación del contrato. Por ello, hacia 1930-1940 empieza a desarrollarse en Europa un régimen especial de protección para el consumidor en materia contractual⁴⁰

³⁴ HERRERA, F., “El contrato de consumo: notas características”, cit., 26.

³⁵ JARAMILLO, C., *Principios y reglas de interpretación de los contratos*, 1ª ed., Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, 2016, 428.

³⁶ CÁCERES, P., “Las vicisitudes del contrato en la actual globalización”, en BONIVENTO, J y LAFONT, P., (dirs.), *Negociación internacional*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2011, 42.

³⁷ En estos modelos de contratación la etapa de formación del contrato aparece monopolizada por la acción de una de las partes, la cual propone el reglamento contractual para la aceptación o no del otro contratante, en cuyo caso sólo le cabe adherir, ya que no le es dado modificar, sino en opciones ya conferidas por el predisponente o en cuestiones no sustanciales. Véase SANTARELLI, F., *Contrato y mercado*, Buenos Aires, Universidad Austral, 2018, 120-121.

³⁸ TAPIA, M., *Contrato por adhesión, Ley n.º 19.496*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2002, 28.

³⁹ Sobre esto véase DÍAZ, I., “Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad en el derecho moderno de los contratos”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 23, 2012, 169.

⁴⁰ En este sentido, STIGLITZ, R., y STIGLITZ, G., *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, Buenos Aires, La Ley, 2012, 4-7.

—aun cuando ya se hablaba de ‘consumidor’ en los estudios de Adam Smith—, y entre 1920 y 1930⁴¹ ya se había empezado a construir en Estados Unidos un régimen de protección especial para el consumidor.

De esta forma, los contratos con condiciones generales y de adhesión confluyen con los contratos con el consumidor, pues generalmente son contratos celebrados con condiciones generales predispuestas o bajo la modalidad de contratos de adhesión; sin embargo, presentan diferencias entre ellos, como se presenta a continuación.

B. Diferencias entre el contrato con el consumidor y los contratos de adhesión y con condiciones generales

Como anteriormente se presentó, la forma autónoma de contratar surgió de los procesos de producción, comercialización y consumo masivo de bienes y servicios dados en el siglo XIX; esta es la razón por la que los contratos celebrados entre productores y consumidores —el llamado contrato con el consumidor— constituyen en la actualidad la proporción mayoritaria de los contratos que se celebran, que en la mayoría de los casos se engloban bajo las modalidades de contrato con condiciones generales y de adhesión. Sin embargo, muchas veces el contrato con el consumidor es asimilado erróneamente con estas modalidades, lo que es inapropiado en tanto que existen contratos con el consumidor que no son celebrados por adhesión y hay contratos de adhesión que no son de consumo. Por tanto, a continuación se infieren diferencias entre estas modalidades.

Por un lado, el ingrediente central del concepto del contrato de adhesión se encuentra en la forma de celebración, que implica que una de las partes se adhiere a la propuesta contractual diseñada y elaborada por su contraparte. En cambio, el elemento clave para calificar a un contrato con el consumidor se encuentra en la finalidad que persigue —el consumo como propósito final—, sin importar la forma en que se celebre⁴² —que, como ya se indicó, puede ser de libre negociación o por adhesión—.

De otro lado, lo que identifica al contrato con condiciones generales es, en primer lugar, la *predisposición*⁴³, pues sus cláusulas son redactadas previa y unilateralmente por una de las partes; en segundo lugar, la *generalidad*⁴⁴, dado que la oferta está destinada a ser aplicada a todos los contratos que el predisponente celebre; en tercer lugar, la *permanencia*, ya que la oferta —que contiene las condiciones generales— permanece en vigor mientras no sea modificada por el predisponente; en cuarto lugar, la *minuciosidad*, que indica que la oferta es detallada en tanto que abarca todos los aspectos de la convención —aún los más hipotéticos—; y, por último, *la inevitabilidad de la aplicación*

⁴¹ Véase CAMACHO, M. “Modelos legislativos en materia de consumo en derecho comparado”, en VALDERRAMA, C. (dir.), *Perspectivas del derecho del del consumo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, 36-40.

⁴² En este sentido, LORENZETTI, R. “La interpretación de los contratos”, en: STIGLITZ, R., *Contratos en el nuevo código civil y comercial de la Nación*, t. I, 1ª ed., Buenos aires, Thomson Reuters, La ley, 2015, 310.

⁴³ La predisposición no se agota en una consideración acerca del reglamento contractual en particular, sino en una modalidad contractual impuesta en el mercado y reconocida como tal, *ex ante* la firma del contrato. Véase SANTARELLI, F. *Contrato y mercado*, cit., 120-121.

⁴⁴ Un contrato formado por condiciones generales predispuestas —aun cuando contenga condiciones particulares negociadas— es aquel que se ofrece a una generalidad de contratantes, cuya individualidad es indiferente a aquel reglamento. SANTARELLI, F. *Contrato y mercado*, cit., 124.

o imposibilidad de negociación: si el destinatario de la oferta quiere, o necesita, los bienes o servicios, objeto de las condiciones generales, no puede evitar su aplicación. Estas condiciones, o se aceptan o rechazan, sin posibilidad de negociar alguna modificación, o discusión, respecto de los contenidos preestablecidos)⁴⁵. Esto implica que el ámbito de aplicación del contrato con condiciones generales es mucho más amplio que el del contrato con el consumidor, que tiene como objeto la regulación de relaciones entre oferentes y consumidores.

Lo anterior significa que puede haber contratos con el consumidor sin que ello suponga la presencia indefectible de predisposición negocial o de un contrato de adhesión, como quiera que lo que primordialmente determina la existencia de aquellos no es la adhesión en sí misma sino la asimetría de poderes existente entre un productor o proveedor y un consumidor, de ordinario más vulnerable. Por ello, puede haber contratos con el consumidor celebrados con arreglo a metodologías diferentes a la predisposición y adhesión⁴⁶.

No obstante, y tal y como ya se había señalado, la regla general es que los contratos con el consumidor se perfeccionan habitualmente a través de instrumentos predisuestos —condiciones generales de contratación— y por adhesión⁴⁷, lo que puede generar la existencia de una disparidad de fuerzas en los contratantes durante la negociación. En virtud de ello, el contrato de adhesión se desarrolla generalmente a través de condiciones uniformes, preestablecidas e impuestas por una de las partes a sus posibles clientes al momento de celebrar cada uno de los contratos concretos, sin que exista posibilidad de modificación ni de discusión⁴⁸. Entre estas figuras existen diferencias⁴⁹, que a continuación se refieren a groso modo.

Lo que identifica al contrato de adhesión es precisamente que la redacción de sus cláusulas corresponde a una sola de las partes, mientras que la otra se limita a consentirlas o rechazarlas de manera general, sin tener la posibilidad real de discutir las, lo que implica en estricto sentido que no haya una verdadera o genuina negociación⁵⁰. A su vez, en el contrato con condiciones generales las cláusulas son pre-redactadas con carácter general y universal⁵¹ para ser aplicadas a una pluralidad de contratos⁵² en forma

⁴⁵ En este sentido, véase VIDAL, A, “Contratación y consumo el contrato de consumo en la Ley n.º 19.496 sobre protección a los derechos de los consumidores”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 21, 2000, 228.

⁴⁶ LORENZETTI, R. “La interpretación de los contratos”, cit., 310-311.

⁴⁷ ESTIGARRIBIA, M., “Interpretación de los contratos. Evolución de sus principios”, en *Anuario de Derecho Civil. Homenaje a Guillermo Antonio Borda*, Buenos Aires, 2019, 71

⁴⁸ En este sentido, véase VIDAL, A, “Contratación y consumo el contrato de consumo”, cit., 227-228.

⁴⁹ Aun cuando la doctrina extranjera emplea indistintamente los calificativos ‘contrato de adhesión’ y ‘contrato con condiciones generales’, tal y como lo advierte NICOLAU, N., *Fundamentos de derecho contractual*, vol. I, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2009, 201. Para aquella doctrina, ambas figuras son concebidas —de forma inapropiada— como aquellas modalidades en las que una de las partes fija todas las condiciones del negocio mientras que la otra tiene la alternativa de rechazar o consentir. Así lo hace Borda: “*El contrato por adhesión, llamado también con cláusulas generales predisuestas, es aquél en el que una de las partes fija todas las condiciones, mientras que la otra tiene la alternativa de rechazar o consentir*”, en BORDA, A., *Manual de Derecho civil contratos*, cit., 10-12.

⁵⁰ JARAMILLO, C., *Principios y reglas de interpretación de los contratos*, cit., 429-430.

⁵¹ Las condiciones generales, son estipulaciones con vocación universal que pretenden incorporarse a instrumentos contractuales para establecer su contenido y régimen de las condiciones de las partes. VALLESPINOS, C., “El derecho de las obligaciones y la protección jurídica del consumidor. Introducción al derecho del consumo. Lineamientos centrales de las leyes 24.240 y 26.361”, en: OVIEDO, J., (coord.), *Obligaciones y contratos en el derecho contemporáneo*, 1ª ed., Bogotá, Universidad de la Sabana y Biblioteca Jurídica Diké, 2010, 252.

uniforme y abstracta⁵³, lo que resalta el aspecto de la predisposición o pre-redacción del contenido negocial⁵⁴. Por consiguiente, la adhesión está direccionada a un contrato específico⁵⁵ en el sentido que puede ser dirigido a un solo sujeto y no estar establecido para una pluralidad de contratantes⁵⁶; en cambio, cuando se habla de condiciones generales se hace referencia a un contrato estándar que se realiza en masa⁵⁷. Ello es posible mediante el otorgamiento de determinadas características que giran en torno a tres elementos: predisposición, generalidad e inmutabilidad⁵⁸. De esta forma, se puede observar que las condiciones generales son cláusulas que miran a la condición de empresa, mientras que los contratos de adhesión miran a la posición del consumidor que adhiere al contrato mediante su manifestación de consentimiento⁵⁹.

Sin perjuicio de las mencionadas distinciones entre los contratos por adhesión y los contratos tipo o con condiciones generales, en la práctica generalmente coinciden⁶⁰, pues ambas figuras tienen como finalidad agilizar el tráfico comercial, viabilizar mejor la comercialización de los bienes y servicios y permitir la reducción de los costos de transacción y las discusiones o tratativas contractuales dada la identidad de los productos colocados en el mercado⁶¹.

De lo expuesto tenemos que el contrato con el consumidor, en sentido amplio, comprende desde los contratos de adhesión —con independencia de que en ellos se empleen condiciones generales de contratación— hasta contratos con el consumidor en que tenga algún espacio la libertad contractual⁶², y es un contrato asimétrico, pero no el único, dado que, dentro de esta categoría se ubican perfectamente el contrato con condiciones predispuestas y el contrato de adhesión, de los que —en principio— se diferencia en la forma en que quedó expuesto, y conforme a lo propuesto por una parte de la doctrina

⁵² Por esta razón, el contrato con condiciones generales se constituye en instrumentos ideados por los grandes productores de bienes y servicios para regular, de forma homogénea, un sin número de contratos que serán elaborados en un futuro, sin que haya lugar a discusión alguna sobre su contenido o sobre su aplicación a determinados sujetos. HERRERA, F., “El contrato de consumo: notas características”, cit., 27.

⁵³ ALTERINI, A., *Contratos civiles, comerciales, de consumo. Teoría General*, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, 35.

⁵⁴ JARAMILLO, C., *Principios y reglas de interpretación de los contratos*, cit., 430.

⁵⁵ DURÁN, R., “Régimen Financiero y Leasing Internacional”, en: BONIVENTO, J y LAFONT, P., (dirs.), *Negociación internacional*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2011, 110.

⁵⁶ Quiere decir que puede haber contratos de adhesión sin que su condicionado sea general, dado que, lo que caracteriza a esta modalidad, es la adhesión a un clausulado intangible unilateralmente predispuesto por una de las partes, de manera que la otra no pueda modificarlas, ni pueda hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas, lo que pone de relieve el elemento de la imposición de contenidos negociales, como se desprende del artículo 5, numeral 4 de la Ley 1480 de 2011, nuevo estatuto del consumidor.

⁵⁷ RENGIFO, E. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, 306-308.

⁵⁸ DURAND, J., “El derecho del consumidor y sus efectos en el derecho civil”, cit., 113.

⁵⁹ RENGIFO, E. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, cit., 306-308.

⁶⁰ RIVERA, J., “La teoría general del contrato y la interpretación del contrato en el proyecto de código civil argentino”, en: SOTO, C., (dir.), *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*, t. I, Lima; Grijley, Universidad Externado de Colombia y Rubinzal-Culzoni Editores, 2007, 188.

⁶¹ DURAND, J., “El derecho del consumidor y sus efectos en el derecho civil”, cit., 99-100.

⁶² En este sentido véase VIDAL, A., “Contratación y consumo el contrato de consumo”, cit., 231.

italiana⁶³, en estricto sentido es un contrato asimétrico, porque esta categoría comprende a los contratos con el consumidor y a los contratos celebrados entre un empresario fuerte y un empresario débil que tienen como elemento característico la asimetría de poder contractual pues, a pesar de que estos últimos pueden ser negociados, debido a la posición dominante del empresario fuerte éste termina imponiendo condiciones restrictivas al débil.

Al ser un contrato asimétrico, el contrato con el consumidor amerita tutela normativa frente al ofrecimiento al contratante débil de un arsenal de instrumentos⁶⁴, tales como obligaciones de conducta, vínculo de contenido a cargo del contratante fuerte⁶⁵, la protección mediante la expedición de leyes particulares⁶⁶, etc., en las que comenzó a considerarse la condición de los agentes que participaban en el mercado —particularmente al consumidor—, con la intención de evitar la inclusión de cláusulas abusivas en la dinámica del mercado⁶⁷ y, en consecuencia, el rompimiento del equilibrio contractual y la transgresión de principios medulares de la contratación privada como el de buena fe⁶⁸, entre otros. Esto también evidencia el abandono del paradigma decimonónico —la idea clásica del contrato como acuerdo de voluntades querido y consentido⁶⁹— para centrarse ahora en la contratación contemporánea, que implica discusiones en torno al logro de la justicia del contrato, el equilibrio y la proporcionalidad⁷⁰.

Ahora bien, ya que se han señalado las razones por las que el contrato con el consumidor es un contrato asimétrico y las distinciones entre contrato de adhesión, con condiciones generales y contrato con el consumidor, queda claro cuál es la especificidad de esta última modalidad contractual. Una vez

⁶³ Consúltese la obra de ROPPO, V., *El contrato del dos mil*, cit.

⁶⁴ En lo que refiere a la protección del consumidor en sus intereses económicos, encuentran allí cobijo todas las normas relacionadas con el acceso al consumo; de este modo, las normas sobre información, publicidad, contratación, garantías, control sobre el contenido contractual, etc., se dirigen hacia la obtención de la mejor elección posible por parte del consumidor, de conformidad con sus intereses. En otros términos, la defensa de los derechos económicos del consumidor consiste en propender por un consumo eficiente, y será tal aquel consumo que más plenamente satisfaga los intereses del consumidor; lo contrario sería la frustración del consumidor, que consiste en adquirir aquellos que no le son útiles, que no tienen la calidad esperada, que no satisfacen la necesidad razonablemente esperada, etc., lo que explica que el tipo de protección del consumidor es sustantiva; es decir, de índole normativa. SANTARELLI, F. *Contrato y mercado*, cit., 128.

⁶⁵ ROPPO, V. “Derecho y economía conductual”, cit., 3-4

⁶⁶ En nuestro ordenamiento jurídico mediante la expedición de la Ley 1480 de 2011, nuevo estatuto del consumidor.

⁶⁷ Más adelante, cuando tratemos los desequilibrios del contrato con el consumidor —*infra*, págs. 23 a 27—, señalaremos que la protección al consumidor tiene su fundamento en el desigual poder de negociación, que lo ubica en una posición de debilidad en relación con su contraparte; el empresario fuerte. De allí surge, en primer lugar, la preocupación central del derecho del consumo por el consumidor, cuya debilidad es estructural —esto es, está determinada por la lógica del mercado y su ubicación en él— y se funda en su falta de negociación e información; en segundo lugar, surge de allí la finalidad de proteger a los destinatarios finales de los bienes y servicios de los efectos dañinos de la asimetría informativa latente en el mercado —principio pro-consumidor—. Véase en este sentido DURAND, J., “El derecho del consumidor y sus efectos en el derecho civil”, cit., 115- 122.

⁶⁸ Véase en igual sentido GRANADOS, J., “Las declaraciones publicitarias y la integración de las obligaciones que de ellas emanan al contenido del contrato con el consumidor son una aplicación del principio de buena fe que resulta exigible a la totalidad de las relaciones contractuales”, *Revista E-mercatoria*, vol., 12, n.º 1, Universidad Externado de Colombia, enero-junio, 2013.

⁶⁹ PLATA, L. y MONSALVE, V., “La interpretación contractual” cit., 26.

⁷⁰ RODRÍGUEZ, J., “La arquitectura de la hermenéutica contractual”, cit., 318.

sentadas estas bases, a continuación se analizan detenidamente las particularidades que presenta el contrato con el consumidor.

III. Particularidades del contrato con el consumidor

Como ya se presentó, la producción en masa que surgió en el siglo XX influyó claramente en las formas de negociación, de forma que arrojó como resultado una contratación estandarizada que permitió la predisposición del contenido del negocio por parte del oferente y que generó la propagación de contratos de adhesión y de condiciones generales predispuestas, así como la masificación de los consumidores y la contratación de consumo⁷¹. En este contexto cobró fuerza el consumidor como figura desvanecida detrás de los procesos de estandarización de la producción, y junto a él el contrato con el consumidor⁷².

A. El contrato con el consumidor y sus partes

Es posible hacer una aproximación conceptual al contrato con el consumidor al afirmar que es aquel vínculo jurídico especialmente protegido entre un oferente de bienes y servicios y un consumidor en virtud del cual el primero se obliga a entregarle un producto, transferirle un bien o prestarle un servicio al último, para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial — cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica—, a cambio de una remuneración o precio, en condiciones de calidad, idoneidad y seguridad⁷³. De esta definición se pueden inferir los siguientes elementos:

Que las partes de dicho contrato son el proveedor y el consumidor. El primero es un oferente — productor, profesional, fabricante, empresario distribuidor, proveedor, concesionario, franquiciado, agente o importador o arrendatario de servicios intelectuales o materiales⁷⁴, entre otros— que ejerce habitualmente una actividad económica destinada a elaborar, procesar, transformar, distribuir, u ofrecer bienes y servicios al público en general, con el fin de lucrarse de ella⁷⁵. En estricto sentido, no hace referencia a cualquier operador del tráfico profesional, sino única y exclusivamente el que contrata usualmente para la venta o prestación de servicios con el destinatario final —esto es, con el consumidor—. El segundo es un contratante ocasional que adquiere bienes y servicios para su propio consumo o el de su entorno familiar o social y no para reingresarlos al mercado⁷⁶. En esta perspectiva, la Corte Suprema de Justicia identificó dos líneas cardinales para la calificación de consumidor, que son la posición de destinatario o consumidor final del bien o servicio, y la adquisición o utilización de

⁷¹ DURAND, J., “El derecho del consumidor y sus efectos en el derecho civil”, cit., 99.

⁷² VEGA, Y., “El derecho del consumidor y la contratación contemporánea”, cit., 630.

⁷³ Elaboramos esta definición basándonos en la que hace HERRERA, F., “El contrato de consumo: notas características”, cit., 62.

⁷⁴ En este sentido, HERRERA, F., “El contrato de consumo: notas características”, cit., 33-34.

⁷⁵ OSSA, D., “Definición, delimitación y análisis del ámbito de aplicación del nuevo estatuto del consumidor (Ley 1480 de 2011)”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 43, n.º. 118, 33-34.

⁷⁶ Véase en este sentido DURAND, J., “El derecho del consumidor y sus efectos en el derecho civil”, cit., 116.

bienes o servicios con una finalidad ubicada por fuera del ámbito profesional o empresarial⁷⁷. Proveedor y consumidor se vinculan a través de una relación de consumo que se materializa a través del contrato con el consumidor, cuyo objeto es una prestación de dar —un bien— que puede o no suponer un hacer —producción, manufactura o construcción—, o simplemente una prestación de hacer —servicio⁷⁸—. En efecto, dichas prestaciones deben satisfacer unas determinadas condiciones materiales o un estándar mínimo de calidad que permitan colmar la expectativa negocial del consumidor, so pena de que entre a operar una garantía a cargo del oferente⁷⁹.

Se infiere de lo expuesto que para la existencia particular del contrato con el consumidor es necesario —además de los requisitos generales que la ley exige para la existencia y validez de los contratos— que se surtan los citados elementos, por lo que se enfatiza la importancia de la calidad de las partes descrita en el párrafo anterior en tanto que genera una consecuencia importante en el contrato referido, consistente en que a este le son aplicables las normas que regulan las relaciones de consumo⁸⁰.

En efecto, todos los contratos con el consumidor denotan una relación de consumo⁸¹, pero esta no solo puede originarse mediante el vínculo contractual, sino que puede ser creada por imposición de la ley. Esta distinción es importante porque a partir de las relaciones de consumo surge la finalidad protectora y reguladora del derecho de consumo que se aplica al contrato con el consumidor. Por consiguiente, tal finalidad surge del rol tuitivo de los consumidores, lo que se persigue mediante la imposición de una serie de obligaciones irrenunciables a los oferentes —deber de información, de seguridad, de garantías—, así como mediante la restricción de la capacidad del consumidor para algunos actos —por ejemplo, manifestar que acepta los efectos de una cláusula manifiestamente abusiva— y la creación de presunciones e imperativos legales —aplicación de la norma más favorable, etc.—.

Una vez expuesto el concepto y los elementos del contrato con el consumidor, a continuación se busca distinguir sus rasgos característicos.

B. Características del contrato con el consumidor

Las características del contrato con el consumidor se infieren de diferentes ordenamientos jurídicos y son comunes en el derecho comparado. Se pueden identificar las siguientes:

Es un contrato asimétrico

⁷⁷ Corte Suprema de Justicia, 3 de mayo de 2005, Ref. 50001310300119990442101.

⁷⁸ En este sentido consúltese a VIDAL, A, “Contratación y consumo el contrato de consumo”, cit., 229 a 231.

⁷⁹ Esta idea es planteada por Herrera Osorio cuando caracteriza el contrato del consumidor al decir que tiene como objeto bienes o servicios estandarizados, en HERRERA, F., “El contrato de consumo: notas características”, cit., 33-34. No comparto esta afirmación porque la estandarización no es una característica indispensable para calificar un contrato como del consumidor, pues no siempre el contrato con el consumidor tiene como objeto bienes o servicios estandarizados, ya que también puede recaer sobre bienes o servicios con características específicas, destinados para el uso personal del consumidor, y por ello no deja de ser un contrato del consumidor. Sin embargo, dicho contrato normalmente coincide con el tema de la estandarización o masificación de bienes o servicios.

⁸⁰ KRIEGER, W., “Contratos de consumo”, en BORDA, A., *Derecho civil contratos*, cit., 269-271.

⁸¹ KRIEGER, W., *Ibid.*, 271-272.

Como ya se mencionó en la primera parte de este escrito⁸², el contrato con el consumidor es por regla general un instituto celebrado entre desiguales, en el una de las partes posee toda la información relevante para la celebración del contrato y cuenta con mayor poder económico y de negociación⁸³ que su contraparte, *el consumidor*, que se encuentra en una situación de debilidad económica, jurídica, cultural, profesional e intelectual, y que carece de la experiencia necesaria para la adecuada protección de sus derechos, por lo que generalmente es considerado la parte débil de la relación contractual⁸⁴. Normalmente esta asimetría es de desequilibrio informativo, pues algunas veces el consumidor no tiene la facultad de contar con toda la información necesaria para tomar la decisión de contratar. No obstante, en otras ocasiones el consumidor cuenta con la mayor información, pero su capacidad de procesarla en su totalidad racionalmente limitada, dado que le implicaría tiempo, esfuerzos y desgaste. Estas situaciones que lo hacen vulnerable ante el oferente⁸⁵ determinan la necesidad de protegerlo —como se anotó anteriormente— y de establecer un control del equilibrio del contenido contractual. Por ello, todas las normas de interpretación de la disciplina de las cláusulas abusivas deben estar dirigidas a proteger al consumidor.

Debido a que no solo el consumidor puede estar en situación de desigualdad, se presentó en Europa la problemática de extender el referido control a los contratos entre empresarios, bajo el argumento de que en las relaciones entre estos también puede presentarse debilidad de información, profesional y, esencialmente, económica. En esta perspectiva, un sector de la doctrina prefirió hablar de contratos con asimetría de poder negocial entre las partes, a fin de cobijar a los contratos con el consumidor y entre empresarios, y de amparar también a estos últimos con la protección del control de las cláusulas abusivas. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico italiano no se logra esta extensión porque normativamente no está permitida, dado que solo es viable para los contratos con el consumidor. Pese a ello, en Italia se expidieron normas sectoriales que permitían aplicar un control sustancialmente parecido a las cláusulas abusivas entre empresarios en el contrato de suministro entre empresarios, pues cuando se constataba dependencia económica de una de las partes con relación a la otra se permitía controlar las cláusulas que regulaban el precio y el objeto del contrato que fueran excesivamente inadecuadas para la parte que ostenta la debilidad de posición económica y, en efecto, se declaraba la ineficacia de dicha cláusula. Finalmente, en ese país se ha venido trabajando la posibilidad de controlar las cláusulas inicuas en los contratos agropecuarios, con fundamento en la protección del agro y de las personas que trabajan en esta área.

No obstante, el consumidor no siempre ostenta la calidad de parte débil en la relación contractual, dado que es posible que se encuentre en condición de igualdad o de superioridad sobre el proveedor; a pesar de ello, debe contar con los instrumentos de protección contractuales a las relaciones de consumo. De tal manera, el contrato con el consumidor merece una especial protección, no solo por la debilidad de una de las partes sino por el simple hecho del consumo, pues toda persona que adquiere bienes y servicios como destinatario final requiere una especial protección con respecto a las calidades y condiciones de los productos que recibe⁸⁶.

⁸² Ver supra apartado capítulo II.

⁸³ RICO, H., “Los contratos de consumo en Colombia”, DIXI, vol. 29, 2019, 10-11.

⁸⁴ ESTIGARRIBIA, M., “La buena fe. implicaciones actuales en las relaciones negociales”, en OVIEDO, J. *Derecho privado y globalización, contratos*, t. III. Bogotá, Ibáñez, 2008, 228.

⁸⁵ RICO, H., “Los contratos de consumo en Colombia”, cit.

⁸⁶ HERRERA, F., “El contrato de consumo: notas características”, cit., 34.

Habitualmente es un contrato de adhesión

Por su naturaleza, y por regla general, los contratos con el consumidor están pensados para ser celebrados bajo la modalidad de *contrato de adhesión*⁸⁷; esto es, por medio de formularios predispuestos que constituyen, en términos de Alterini, la planilla sobre la cual serán celebrados los contratos futuros⁸⁸. En este sentido, y siguiendo al autor argentino, lo común en ellos es que el fabricante predispone el contenido del contrato y suministra una planilla tipo o formularios que incluyen condiciones generales, los cuales implican notas de pedido preimpresas que el cliente se limita a llenar⁸⁹.

Por consiguiente, en la gran mayoría de casos se trata de contratos con el consumidor celebrados bajo la modalidad de adhesión, en los que el productor predispone el contenido del contrato a través de formatos previamente redactados que son presentados al consumidor —tal y como sucede en la prestación de servicios masivos—, o bien se tratan de la venta de bienes o prestación de servicios en establecimientos frente a los cuales el consumidor solamente tiene la oportunidad de aceptar o no, sin posibilidad de discutir el contenido del acuerdo⁹⁰. No obstante, nada impide que cuando se trata de bienes o servicios realizados a la medida el contrato —excepcionalmente— sea de libre discusión y que las partes acuerden libremente las condiciones de la operación⁹¹.

Es de autonomía reducida

A raíz de lo planteado en el literal anterior, el contrato con el consumidor es de *autonomía reducida*⁹², puesto que la autonomía del consumidor se reduce a la posibilidad de rechazar o aceptar la celebración del contrato sin que le sea posible fijar el contenido negocial; solo excepcionalmente se le permite negociar los elementos esenciales del contrato. Por ende, el contrato con el consumidor no es expresión de la autonomía privada consagrada en los códigos decimonónicos sino de una redimensionada autonomía que se surte en la posibilidad de elegir si se contrata o no; lo demás se deja, como ya se anotó, en manos de la adhesión a vínculos predispuestos por una de las partes⁹³.

Adicionalmente, en cuanto a la autonomía, en el contrato con el consumidor se advierte una restricción de tipo protectora que transita por dos andariveles: por un lado, imponer deberes de información a modo de prevención de efectos perjudiciales ante la elección de contratar; y por el otro, considerar como no escrita la cláusula que origina el perjuicio económico del consumidor para obviar sus efectos particulares, sin que la totalidad del contrato pierda eficacia⁹⁴.

⁸⁷ Ver supra pág. 10.

⁸⁸ ALTERINI, A., *Contratos civiles, comerciales, de consumo*, cit., 127.

⁸⁹ ALTERINI, A., *Contratos civiles, comerciales, de consumo*, cit.

⁹⁰ VALLESPINOS, C., “El derecho de las obligaciones”, cit.

⁹¹ Véase HERRERA, F., “El contrato de consumo: notas características”, cit., 76

⁹² Siguiendo la denominación de HERRERA, F., “El contrato de consumo: notas características”, cit., 34.

⁹³ Siguiendo la denominación de HERRERA, F., “El contrato de consumo: notas características”, cit., 95.

⁹⁴ SANTARELLI, F., *Contrato y mercado*, cit., 126-127.

Es de consentimiento informado

El referido contrato es de *consentimiento informado*, dado que, la formación del consentimiento como encuentro de las manifestaciones de voluntad, no se surte como en los contratos de libre discusión, sino que, la decisión del consumidor se encuentra supeditada a la información que se le ha suministrado para tomar una decisión económica, información que, como ya hemos apuntado, detenta únicamente el productor, y que es la causa de la asimetría de la información en las relaciones de consumo. Por ende, para lograr una adecuada elección del consumidor a la hora de contratar, se requiere dotar a la formación del consentimiento de las mayores garantías para la formación y el análisis, lo que se traduce en un nuevo resurgir del formalismo⁹⁵.

De esa particular manera de consentir, ocasionada por el desequilibrio que media entre el proveedor del bien o servicio y el consumidor, deriva la especial relevancia que adquiere la buena fe⁹⁶ en el contrato con el consumidor, que es a su vez la siguiente característica.

Incidencia especial del principio de buena fe en el contrato con el consumidor

Por último, en el contrato con el consumidor tiene una relevancia especial el principio de la buena fe, lo que amerita una exposición más detallada en virtud del impacto que tiene en el tema de la interpretación.

C. La incidencia destacada del principio de buena fe en el contrato con el consumidor

La buena fe tiene una mayor injerencia y proyección en todo el iter contractual de consumo dada la disparidad de fuerzas en la negociación⁹⁷ y la realidad que subyace a este contrato: el consumidor confía en el profesionalismo de su proveedor y tiene que fundarse en esa creencia para estar en capacidad de actuar en el mercado. En virtud de ello, es necesario que el ordenamiento jurídico proteja la confianza, dado que ella participa en la armonía del mercado y permite alcanzar el punto máximo de intersección en los intereses de cada uno de los intervinientes en la relación de consumo⁹⁸. Por ello, cuando un proveedor se vale de la relación de confianza que había establecido con el consumidor para modificar las condiciones en que presta el bien o servicio contratado, no solo está incumpliendo con su obligación legal⁹⁹ sino que infringe la confianza depositada por su contraparte. Es por ello que la buena fe entra a operar con mayor rigor en este contrato, pues cumple un papel humanizador en procura de la protección del interés del otro. En consecuencia, surge el deber de protección de la confianza

⁹⁵ SANTARELLI, F., *Contrato y mercado*, cit., 127-128.

⁹⁶ FARINA, J., *Contratos comerciales modernos*, Buenos Aires, Astrea, 1997, 159.

⁹⁷ ESTIGARRIBIA, M., “La buena fe. implicaciones actuales en las relaciones negociales”, cit., 229

⁹⁸ OSORIO, G., “Propuesta para la reparación del daño a la confianza social: Aproximación desde un análisis casuístico en el derecho de consumo en Colombia”, en ORTEGA, J., MARTÍNEZ, J., y OSORIO, G., (coords.), *Derecho del consumo. Tras un lustro estatuto del consumidor en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes y Temis, 2018, 71.

⁹⁹ Artículo 23 de la Ley 1480 de 2011, Nuevo Estatuto del Consumidor.

legítima¹⁰⁰ del consumidor, a través de la cual es protegida la confianza¹⁰¹ que depositó en el proveedor, en el sentido que la apariencia por él creada le resulta oponible y, por tanto, lo obliga¹⁰² a salvaguardar el razonable interés de aquel, cuando ello no importe ningún apreciable e injusto sacrificio a cargo suyo¹⁰³. Por ello, con base en la buena fe, el contratante tiene la obligación de mantener la coherencia de los propios comportamientos, a fin de no defraudar la confianza que estos han generado a su contraparte. Esto se funda en el antiguo precepto *venire contra factum proprium*¹⁰⁴, que se constituye en un canon de interpretación de los contratos con el consumidor.

De tal manera, la buena fe se erige en la base de la confianza y la seguridad negocial, pues amplía el conjunto de obligaciones propias del contrato para las partes¹⁰⁵, por lo que pueden ser exigidas coercitivamente en todo el proceso contractual. Por ello, se le ha reconocido una importancia central en todo el sistema de obligaciones y contratos, y en particular un rol de cláusula general que se constituye, por un lado, como fuente de obligaciones principales para las partes en la formación del contrato, y por otro, como fuente de integración de la relación obligatoria y del contrato, así como instrumento para restablecer el equilibrio contractual¹⁰⁶.

Función integradora del principio de buena fe

El principio de la buena fe —objetiva¹⁰⁷— como modelo o regla de conducta fundada en el comportamiento correcto, leal y honesto¹⁰⁸, gobierna el comportamiento de las partes en todo el iter

¹⁰⁰ La buena fe protege en responsabilidad precontractual la confianza (creencia) que legítimamente puede depositarse el comportamiento que la contraparte ha tenido frente a nosotros SALGADO, C., “La buena fe en la jurisprudencia”, cit., 14.

¹⁰¹ La protección de la confianza del consumidor es un valor superior que apareja que, con miras a proteger a la parte débil de la relación contractual y con criterios de justicia conmutativa y redistributiva, sea necesario estudiar el efecto vinculante de los contratos, no solo desde cuando se manifiesta el consentimiento, sino desde el mismo instante de la fase del contacto social. MONSALVE, V., *Responsabilidad precontractual. La ruptura injustificada de las negociaciones*, Bogotá, Ibáñez, 2014, 120-125.

¹⁰² VALLESPINOS, C., “El derecho de las obligaciones”, cit., 173.

¹⁰³ ROPPO, V., *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2001, 496-497.

¹⁰⁴ ROPPO, V., *Ibid.*, 497-498.

¹⁰⁵ VÁZQUEZ, R., “Publicidad, buena fe y protección al consumidor”, en STIGLITZ, G., (dir.), *Derecho del consumidor, doctrina - jurisprudencia - legislación*, t. 1, Juris, Santa Fe, 1991, 128.

¹⁰⁶ CABELLA, L., “I paradossi della traduzione giuridica: la buona fede e il diritto europeo dei contratti”, en GONZÁLEZ, E., CORTÉS, E., Y NAVIA, F., (eds.), *Estudios de derecho civil en memoria de Fernando Hinestroza*, tomo I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, 205.

¹⁰⁷ Es permitente aclarar que la buena fe como un principio general del derecho, y en particular, como principio general de la contratación, presenta dos dimensiones: una subjetiva y otra objetiva. La primera, conocida como buena fe creencia, es —como su nombre lo indica— un estado psicológico de creer que se actúa conforme a derecho, sin fraude a terceros y sin perjudicar derecho ajeno alguno; es, por ejemplo, la típica buena fe de las relaciones posesorias. En cambio, la buena fe objetiva, que aplica en las relaciones negociales y que en ellas se constituye en una regla de comportamiento y de conducta exigible, no se puede presumir en el escenario precontractual y contractual, pues la parte obligada a ajustar su comportamiento a buena fe tiene que probarla. Por ejemplo, la parte tiene que probar que verdaderamente cumplió el contrato, pues no se puede presumir que creía haber cumplido el contrato. Por consiguiente, “el código de Bello consagra la presunción de buena fe con alcances restringidos a los eventos de buena fe subjetiva (posesoria) y extenderla a situaciones en las que lo aplicable es la buena fe objetiva (negocial), contraria a la esencia del principio; esencia de la buena fe objetiva o negocial, que es, precisamente la de generar deberes de conducta a la contraparte”. Véase a NEME, M. “Buena fe subjetiva y

contractual, lo que permite valorar la conducta de los contratantes en cada caso concreto, bien como criterio para determinar la forma en que debe realizarse el ejercicio de los derechos subjetivos, como criterio de conducta conforme al cual deben ser cumplidas las obligaciones —la buena fe obliga a los contratantes a comportarse de tal manera que no perjudiquen el interés de su contraparte—, como criterio hermenéutico¹⁰⁹ —la buena fe en la interpretación de los contratos se erige en una medida razonable de lo justo, por lo que se constituye en un límite a la discrecionalidad del intérprete¹¹⁰— incluso a pesar de lo que se haya convenido —función de depuración¹¹¹—, y como evaluación de lo que se deben mutuamente los contratantes, más allá de lo que hayan convenido —función integradora—.

En virtud de su función integradora, la buena fe objetiva o negocial incorpora una serie de obligaciones principales —no deberes secundarios¹¹² derivados de ella— al contenido del contrato, que no fueron previstas por las partes pero que se convierten en reglas principales de aplicación directa y coercitiva, razón por la que permiten su exigencia como obligación de tipo contractual en aras de armonizar la referida disparidad de fuerzas y lograr el justo equilibrio en las prestaciones. En este orden de ideas, y en esencia, la buena fe negocial genera e impone obligaciones de conducta¹¹³ a cargo del oferente de bienes y servicios: lealtad, honestidad, corrección, prohibición de cláusulas abusivas, información, cooperación, corrección seguridad, entre otros.

buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 17, Universidad Externado de Colombia, 2009, 45-76.

Esta distinción es importante y tiene injerencia en materia probatoria porque predicar lo contrario —esto es, afirmar que la buena fe negocial se presume— implicaría atribuirle la carga de probar la mala fe de su contratante, a quien pretende —piénsese en un proceso de responsabilidad civil— el resarcimiento de los perjuicios ocasionados porque aquel no ajustó su comportamiento a la buena fe, cuando la carga de la prueba del comportamiento conforme a buena fe, en materia contractual y precontractual, se encuentra en cabeza de quien ha debido comportarse conforme a ella. Esto llevó a la Corte Suprema de Justicia colombiana —como bien lo apunta la profesora Catalina Salgado Ramírez— a presumir la buena fe del contratante demandado en un proceso de responsabilidad civil extracontractual, cuando es a este a quien corresponde probar que obró diligentemente y con probidad en relación con el interés de su contraparte. Véase a SALGADO, C., “La buena fe en la jurisprudencia”, cit., 12-21.

¹⁰⁸ NEME, M. “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva”, cit., 44 y ss.

¹⁰⁹ En esta perspectiva, el profesor Javier Rodríguez Olmos señala: “En siglo XX, gracias a las corrientes solidaristas y la fuerte interrupción de preocupaciones socializadoras de las instituciones de derecho privado, la concepción de contrato se vuelve más objetiva, y se da un nuevo aire al principio de la buena fe en la totalidad del proceso hermenéutico, que pasa a ser reconocido como un canon de interpretación, a pesar de no haber sido expresamente señalado por Andrés Bello en el título correspondiente”. RODRÍGUEZ, J., “La arquitectura de la hermenéutica contractual”, cit., 301-307.

¹¹⁰ CRISCUOLI, G., *Il Contratto. Itinerari normativi e riscontri giurisprudenziali*, Cedam, Padova, 1996, 85- 90.

¹¹¹ SALGADO, C., “Consideraciones sobre el deber precontractual de información y su particularidad en la relación de consumo”, en VALDERRAMA, C., (dir.), *Perspectivas del derecho del consumo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, 308.

¹¹² SOLARTE, A., “La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta”, en OVIEDO, J. (coord.), *Contratos, teoría general, principios y tendencias*, 2ª edición, Bogotá, Ibáñez, 2011, 110-113

¹¹³ NEME, M. “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva”, cit. 45-76.

De esta forma, tales obligaciones resultan exigibles con mayor rigor en los contratos con el consumidor¹¹⁴, en los que la colaboración debida a la parte débil implica tener en consideración su interés y le impone el deber al profesional de no actuar en perjuicio de su contratante, así como de ajustar su comportamiento a buena fe en aras de conseguir el resultado esperado por él. Es por esto que la buena fe impone un límite al contenido del contrato mediante la reducción de eficacia a aquellas cláusulas que se consideran abusivas, que imponen cargas excesivas e injustificadas al consumidor en comparación con las obligaciones de los proveedores, y que generan una desproporción en la equivalencia de las prestaciones del contrato¹¹⁵ en menoscabo del interés de aquél. En este escenario, los deberes principales de consideración, cooperación y fidelidad, que emanan de la buena fe, aportan un rol correctivo de todo derecho ejercido abusivamente, que aun con apoyo a la autonomía, al cabo importan una injusticia contractual cuando infringen los presupuestos de la base del negocio o lo implícitamente acordado, de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, de forma que obran con cuidado y previsión¹¹⁶, como se puede observar más adelante en el acápite de desequilibrio contractual.

Por lo anterior, en el contrato con el consumidor esa fuerza integradora se concreta de manera particular en la referencia a la buena fe como parámetro a través del cual se valora el grado de afectación o razonabilidad de una determinada cláusula, frente al equilibrio normativo del contrato y a fin de contrarrestar las ventajas excesivas que se puedan presentar en este tipo de contrataciones¹¹⁷. Así, en virtud de la buena fe, se hace estricta justicia cuando el proveedor incorpora en el contrato con el consumidor cláusulas contractuales que resultan vejatorias para su contraparte; esto tiene su fundamento en dicho principio, porque quien abusa de su posición dominante al predisponer condiciones que perjudican a su contraparte por medio de las referidas cláusulas evidentemente no se comporta en forma leal¹¹⁸. El rol de la buena fe en estos contratos también resulta importante para el intérprete, pues le permite advertir que el carácter abusivo de las cláusulas no se determina atendiendo a la forma como fueron negociadas las cláusulas sino mediante el análisis de su contenido en función del conjunto de cláusulas que integran el contrato.

Deberes de información

En cuanto a las obligaciones que genera la buena fe en su función preceptiva, que se agregan de manera directa al contenido del contrato en función del rol integrador del principio, y que son principales porque repercuten en la función del contrato y operan en interés de las partes¹¹⁹, se encuentran la lealtad, la transparencia, la coherencia, el consejo, la colaboración, la solidaridad, la diligencia, la seguridad y la información, entre otras.

¹¹⁴ “En ellos resulta exigible con mayor rigor la conducta de buena fe, por parte del producto de bienes o prestador de servicio, atento la disparidad de fuerzas en la negociación habida entre las partes intervinientes”. ESTIGARRIBIA, M., “La buena fe. implicaciones actuales en las relaciones negociales”, cit., 188.

¹¹⁵ Artículo 42 de la Ley 1480 de 2011 Nuevo Estatuto del Consumidor.

¹¹⁶ ESTIGARRIBIA, M., “La buena fe. Implicaciones actuales en las relaciones negociales”, cit., 188-189.

¹¹⁷ DÍAZ, I., “Límites a las cláusulas modificativas”, cit., 174.

¹¹⁸ ESTIGARRIBIA, M., “La buena fe. implicaciones actuales en las relaciones negociales”, cit., 55.

¹¹⁹ SAN MARTÍN, L., (ed.), *La buena fe en la jurisprudencia. Comentarios y análisis de sentencias*, Thomson Reuters, Universidad Alberto Hurtado, 2015, 12-22.

En efecto, y desde el punto de vista tradicional, la obligación que tiene el contratante fuerte en la relación de consumo de suministrar información ha tenido dos funciones: servir como mecanismo para que el contratante débil no resulte defraudado o decepcionado en sus expectativas, y actuar como mecanismo que contribuye a la recta valoración del contenido contractual. Es así como en el contrato con el consumidor el deber de información busca prevenir los inconvenientes que se presentan con ocasión de los contratos de contenidos estándar —propensos a la inclusión de cláusulas lesivas de sus intereses—, en los que la valoración del contenido contractual por parte del consumidor es problemática y la imposición de deberes de información explícitos que en la relación de consumo buscan evitar el acaecimiento de lesiones, reprimir el engaño y responder al interés de los adquirentes de recibir aquello que esperan con la celebración del contrato¹²⁰.

En esta perspectiva, la buena fe obedece fundamentalmente a una protección preventiva, esto es, que se da mediante la imposición expresa de deberes de información en la etapa precontractual. Lo anterior indica que la buena fe se evidencia como promocional de las condiciones en las que se funda la obligatoriedad de los acuerdos.

Entre las funciones no tradicionales del deber de información se encuentran el constituirse en mecanismo que permite una mejor elección y un uso eficiente, en mecanismo de protección de la salud del consumidor, y en mecanismo que permite proteger al consumidor en cuanto lo hace conocedor de sus propios derechos —que más adelante se apunta al referirnos a la etapa precontractual de consumo—. De esta manera, el deber de información, que se erige en uno de los pilares fundamentales en las relaciones de consumo con ocasión de las asimetrías particulares que tienen lugar en las negociaciones¹²¹, tiene su fundamento en el principio de la buena fe que comporta, entre otros, el deber de cooperación, que debe estar presente desde las tratativas, celebración y ejecución del contrato por parte del contratante que dispone de la información¹²².

Así, el oferente de bienes y servicios, titular de la información relativa a la prestación económica que incorpora en el mercado y que conoce cuál es el origen, la composición, la naturaleza, la correcta forma de utilización y otros aspectos de importancia sobre el producto, debe ponerla a disposición del consumidor como insumo necesario para el correcto discernimiento y juicio sobre su adquisición así como para la selección de la opción que mejor se adecúa a su necesidad¹²³. Por consiguiente, y en virtud del principio de la buena fe, surge el deber en cabeza del contratante informado de suministrar a su contraparte información objetiva, clara, oportuna, suficiente y veraz¹²⁴, con el fin de que ésta

¹²⁰ SAN MARTÍN, L., *Ibid.*, cit., 21.

¹²¹ MARTÍNEZ, J y ORTEGA, J., “Información y publicidad comercial: ¿Entre dos orillas diferentes?” en ORTEGA, J., MARTÍNEZ, J., y OSORIO, G., (coords.), *Derecho del consumo*, cit., 17.

¹²² En cuanto a lo planteado, téngase en cuenta lo expresado por Betti: “la actitud que aquí se requiere se podría calificar como lealtad al tratar, como habito de hablar claro, que impone el hacer patente a la contraparte la situación real de las cosas, desengañándola de eventuales errores que sean reconocibles, y sobre todo, absteniéndose de toda forma de reticencia fraudulenta (*non disclosure*) y de toda forma de dolo pasivo que pueda inducir a una falsa determinación de querer de la parte contraria”. Marín, C., “BETTI, E., Teoría general de las obligaciones”, *Revista de Derecho Privado*. Madrid, 1969, 110-111.

¹²³ MARTÍNEZ, J y ORTEGA, J., “Información y publicidad comercial”, cit., 18-19.

¹²⁴ Con relación a los ingredientes que debe reunir la información, cabe señalar que los elementos que la Ley 1480 de 2001 estipula que son claridad, oportunidad y transparencia, con lo que a su vez implica que la información debe ser completa, suficiente, veraz e idónea. Referiremos a cada uno de ellos.

disponga de elementos de juicio suficientes para adoptar la decisión de contratar o no contratar y de elegir adecuadamente los bienes y servicios¹²⁵, así como asegurar que estos sean idóneos para su consumo final¹²⁶. Al mismo tiempo, deberá abstenerse de remitir información defectuosa, falsa o engañosa, pues tal circunstancia pondría en riesgo los intereses del consumidor y al mercado mismo¹²⁷.

Dicho deber debe permanecer incólume en la etapa precontractual, dado que aquí los contratantes están recopilando elementos de juicio suficientes para emitir una declaración de voluntad, para lo que resulta necesaria la cooperación y lealtad entre ellos. En este contexto, y en primer lugar, los deberes impuestos tienen que ver con las características del bien o servicio ofrecido, o con el uso eficiente del bien; con ello se logra que el consumidor tenga una mayor posibilidad de elección y que pueda sacar el

En primer lugar, la claridad tiene fundamento en la buena fe, que no solo impone el deber de diligencia sino que también hace énfasis en el deber de claridad en los términos del contrato, a fin de que se brinde certeza y seguridad jurídica con respecto al contenido y a las prestaciones acordadas. Este deber incorpora el valor ético de la confianza mutua, cuya relevancia se hace mayor en los contratos de adhesión. NEME, M. “El principio de la buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano”, *Revista de Derecho Privado*, n.º. 11, Universidad Externado de Colombia, 2006, 99.

En efecto, la claridad impone que los contratos con condiciones generales sean redactados en una forma sencilla, lo que facilita a los consumidores el acceso a la información. GARIBOTTO, J., *Teoría general del acto jurídico*, Buenos Aires, Depalma, 1991, 65.

En segundo lugar, la oportunidad implica que la información debe permitirle al consumidor conocer tanto las características del bien o servicio que pretende adquirir como las circunstancias y vicisitudes que eventualmente rodearán la relación contractual. En virtud de ello, el derecho del consumo reguló de forma especial la publicidad, de forma que impone al productor una serie de deberes previos a su realización y dota a la publicidad de naturaleza jurídica relevante al considerarla como parte integral del contrato y, por ende, al hacer que su contenido se torne imperativo para el productor, con el fin de proteger al consumidor de las estrategias de publicidad. Para más detalle, véase HERRERA, F., “El contrato de consumo: notas características”, cit., 54 a 57.

En tercer lugar, la información es completa cuando contiene las prestaciones principales y accesorias del negocio que se va a celebrar. VALLESPINOS, C., “El derecho de las obligaciones”, cit., 169-174.

La aplicación de este elemento se ha dado por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio al estudiar la fijación pública de precios. En su momento anotó que “el productor siempre debe indicar el precio total del producto, el cual debe incluir todos los cargos adicionales que se causen, como sería, por ejemplo, aquel ocasionado por la utilización de tarjetas de crédito”. Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto SIC 06046227 de 2006.

En cuarto lugar, la información suficiente es la que contiene los elementos objetivos necesarios del bien o servicio ofrecido y las circunstancias en las cuales quedará configurado el contrato, para que un consumidor promedio pueda llegar al convencimiento sobre la conveniencia del negocio. Por el contrario, serán considerados como información deficiente, por ejemplo, aquellos mensajes publicitarios en los que se indica que aplican restricciones y condiciones, pero en los que no se dice cuáles son, a la vez que se remite al consumidor a la página web de la compañía vendedora. GRANADOS, J., “Las declaraciones publicitarias y la integración de las obligaciones”, cit., 19.

Finalmente, la veracidad e idoneidad, que se encuentran consagrados en el numeral 7 del artículo 5 y 53 del Estatuto del Consumidor, hacen alusión a que los datos comunicados tengan un significado acorde con la realidad objetiva del bien o servicio ofrecido. HINESTROZA, F., “El deber de sinceridad del tomador del seguro en su declaración del estado del riesgo” *Revista Ibero latinoamericana de seguro*, n.º 27, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 130.

¹²⁵ NAMÉN, J., BONILLA, J., PABÓN, C. Y URIBE, I. “La obligación de información en las diferentes fases de la relación de consumo”, *Revista E-Mercatoria*, vol. 8, n.º1, 2009, 29.

¹²⁶ DURAND, J., “El derecho del consumidor y sus efectos en el derecho civil”, cit., 99-101.

¹²⁷ MARTÍNEZ, J y ORTEGA, J., “Información y publicidad comercial”, cit., 18.

mayor provecho del bien escogido¹²⁸. En segundo lugar, tiene que ver con el deber de no promoción; esto es, con el deber de desincentivar la adquisición de los propios productos cuando son en sí mismo dañinos debido a su consumo. Por último, tiene que ver con la obligación de dar a conocer el derecho; esto es, el deber del oferente de poner en conocimiento de la contraparte el modo de ejercicio de sus derechos frente a aquel¹²⁹.

En esta etapa, y a manera de ilustración, el deber de información encuentra su primera expresión en materia de identificación de mercaderías aún más allá del tiempo de conclusión del negocio, y obliga al oferente a brindar al consumidor la información necesaria de manera clara, completa y adecuada a sus condiciones, al objeto obligacional de que se trate y a las circunstancias del contrato¹³⁰. La segunda expresión consiste en la información suministrada por medio de publicidad del producto —necesaria para el acuerdo de consumo—, que debe realizarse de acuerdo con los parámetros de lealtad y probidad. Otra manifestación del deber de información involucra al que tienen los contratantes de hacer conocer la existencia de la imposibilidad de cumplimiento de la obligación a su cargo, a fin de disminuir las consecuencias y la eventual frustración del contrato¹³¹.

De esta manera puede observarse que el principio de buena fe rige la etapa precontractual en su función preceptiva —como generador de deberes de conducta—, que llama a las partes a comportarse correctamente, a no defraudar la confianza creada en la contraparte y a no decepcionarla; en ese sentido, las partes deben actuar con lealtad, honestidad, corrección y diligencia hacia la contraparte. Pero este principio también debe mantenerse en la etapa de celebración y ejecución del contrato con el consumidor, con la finalidad de complementar a los deberes de prestación, a fin de que estos se puedan cumplir en forma adecuada, oportuna y satisfactoria para el deudor de la información. Para lograrlo, es necesaria la cooperación entre los contratantes en un contexto de corrección y lealtad¹³².

Si bien el escenario descrito no es en principio perjudicial para el consumidor, puede ocurrir que el contratante fuerte, en virtud de su capacidad jurídica, económica y de información, genere, entre otros factores, desequilibrios en la relación contractual de consumo. Por tal razón, en la siguiente sección se exponen las circunstancias que generan desequilibrios en el contrato con el consumidor, que se verán reflejadas en materia de interpretación. Sin embargo, es necesario hacer claro que las particularidades del contrato con el consumidor que han sido presentadas tienen también incidencia en la manera en que se afrontaría la interpretación del mismo, y que quizá puedan poner en duda la pertinencia de aplicar en esta modalidad algunos criterios clásicos de interpretación contractual.

Factores de desequilibrio contractual en el contrato con el consumidor

¹²⁸ “Asegurarle al consumidor el acceso a la información, como derecho especial de protección, coadyuva a la equiparación de las asimetrías naturales ocasionadas por las desigualdades de conocimiento entre oferente y destinatario, para permitirle una elección libre, objetiva y transparente del bien o servicio que ha de ser adquirido”. MARTÍNEZ, J y ORTEGA, J., “Información y publicidad comercial” cit., 22 -23.

¹²⁹ SALGADO, C., “Consideraciones sobre el deber precontractual de información”, cit., 340.

¹³⁰ ALTERINI, A., LÓPEZ, R., Y STIGLITZ, G., *La protección del consumidor en el marco del proyecto de ley*, Buenos Aires, La Ley, 1989, 1014.

¹³¹ ESTIGARRIBIA, M., “La buena fe. implicaciones actuales en las relaciones negociales”, cit., 192.

¹³² SOLARTE, A., “La buena fe contractual”, cit., 120.

Los desequilibrios del contrato con el consumidor se derivan de las condiciones fisiológicas del mercado —no de condiciones patológicas—¹³³, que son propias de él, y que afectan a la generalidad del tráfico comercial. Tales condiciones constituyen precisamente la desigualdad de fuerza negocial entre los contratantes por sus condiciones culturales, profesionales, económicas, entre otras¹³⁴, y generan una disparidad de fuerzas en la negociación de las partes intervinientes en el contrato: el oferente de bienes y servicios, erigiéndose en la parte fuerte, y el “profano”¹³⁵ consumidor, en la parte débil de la relación contractual. Esta disparidad de fuerzas en la negociación estandarizada presenta como mínimo tres dimensiones: *jurídica, cognoscitiva y económica*.

De la *dimensión jurídica* deriva la facultad ejercida por el empresario de configurar unilateralmente la totalidad del contenido del programa contractual¹³⁶. Esta circunstancia puede generar un desequilibrio en la relación contractual de consumo en tanto que, como aquel necesita comercializar ágilmente sus bienes o servicios a bajo costo de transacción, diseña —mediante contratos con condiciones generales o de adhesión— un reglamento que pueda utilizar masivamente y que le ahorre, *ex ante*, el desgaste logístico y económico de la negociación individual. Esto le da al profesional una posición de control y superioridad en la relación de consumo, permitiéndole configurar un reglamento contractual que refleje con mayor preferencia sus intereses¹³⁷, posibilitando el riesgo de que incorpore, en perjuicio de su contraparte, cláusulas vejatorias que desequilibran ostensiblemente la equivalencia de las prestaciones.

De suerte que el empresario, ante esta circunstancia concreta, ve consolidada su posición dominante en el contrato a través de la inclusión cláusulas abusivas de contenido sustancial¹³⁸ y procesal¹³⁹ que

¹³³ Según Roppo, son aquellas que son anormales a las condiciones del mercado, al tráfico jurídico, y que afectan no a la generalidad de los contratantes sino a una persona contratante específica. Se refiere a los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo. Esto no corresponde a situaciones fisiológicas del mercado, que son anormales porque solo afectan a la persona determinada que es objeto de la fuerza o dolo, sino que afectan a la persona determinada objeto de error, fuerza o dolo. Los remedios tradicionales que se han aplicado a este tipo de vicios de carácter patológico, los remedios contra los vicios del consentimiento. ROPPO, V. “Derecho y economía conductual”, cit., 3-4.

¹³⁴ *Ibid.*, 2-4.

¹³⁵ Término acuñado por la doctrina argentina, véase ESTIGARRIBIA, M., “Interpretación de los contratos. Evolución de sus principios”, cit.

¹³⁶ ESTIGARRIBIA, M., “Interpretación de los contratos. Evolución de sus principios”, cit., 64

¹³⁷ ITURRASPE, J., *Contratos*. Buenos Aires, Ediar, 1998, 135

¹³⁸ Dentro de las cuales resultan frecuentemente incluidas las cláusulas restrictivas de la responsabilidad. Fundamentalmente, se presentó en Inglaterra, por ejemplo, con cláusulas de responsabilidad que trasladaban los riesgos del negocio del transportador a los usuarios del servicio de transporte, cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad que desnaturalizan la función típica del contrato y que vulneran el interés de la parte afectada con esa cláusula, la presencia de deberes accesorios diferentes al objeto principal del contrato, excesivo tecnicismo o complejidad en la redacción de las mismas. En este sentido y para más detalle consúltese DÍAZ, I., “Límites a las cláusulas modificativas”, cit., 144-147.

Así mismo, en el derecho europeo encontramos como cláusulas abusivas de contenido sustancial aquellas que suprimen o limitan las consecuencias dañosas que podrían serle atribuidas, derivadas del incumplimiento contractual, las que impiden al consumidor suspender total o parcialmente el pago de las sumas debidas si el profesional no cumple sus obligaciones. Véase STIGLITZ, R., “Contrato de consumo y cláusulas abusivas”, *Con-Texto*, Universidad Externado de Colombia, 1999, 6-8.

¹³⁹ Como por ejemplo: *i*) las que limitan o restringen el ejercicio de las acciones contractuales del contratante débil; *ii*) aquellas que facultan al empresario a rescindir unilateral e incausadamente el contrato sin que igual derecho le sea conferido al consumidor; *iii*) las que le permiten dirimir sus conflictos ante una jurisdicción que no le sea incómoda, más onerosa, hostil o que le sea favorable; *iv*) las que invierten la carga probatoria en perjuicio del consumidor o usuario y limitan al

lesionan los intereses de su contraparte, y resultan ventajosas para él. Como respuesta a esto, la ciencia jurídica elaboró el instituto de las cláusulas abusivas¹⁴⁰ bajo la idea de justicia contractual como un control sustancial al contenido del contrato para contrarrestar los desequilibrios originarios, pero fundamentalmente aquellos que se derivan de condiciones fisiológicas del mercado, y como un límite a la autonomía privada, desbordando los límites clásicos de esta en el contrato paritario (orden público, buenas costumbres y normas imperativas)¹⁴¹.

En este sentido, la incorporación de cláusulas abusivas genera un desequilibrio inicial en las prestaciones del contrato con el consumidor. Para que tengan esta virtualidad, deben generar una desproporción significativa en los derechos del consumidor y en las obligaciones del productor derivadas del contrato en perjuicio del primero, lo que presupone ampliación de las ventajas o provechos del profesional, o aligeramiento o supresión de sus obligaciones y, consecuentemente, agravamiento de las cargas y obligaciones del consumidor, sin que de la correlación de los polos provecho-sacrificio surja una contrapartida en beneficio del consumidor, o sea, un fundamento legítimo con el que quedaría preservado el principio de la máxima reciprocidad de intereses. El desequilibrio

consumidor la oponibilidad de excepciones por incumplimiento del profesional, entre otras. Véase a STIGLITZ, R., “Contrato de consumo y cláusulas abusivas”, cit., 8-10.

¹⁴⁰ Un álgido desarrollo jurisprudencial y doctrinario surgido en el derecho europeo inició un control meramente formal sobre los contratos de condiciones generales predispuestas, el cual operaba cuando la cláusula iba en contra del orden público, las buenas costumbres y las normas imperativas (límites clásicos). Su contenido no fue conocido por los contratantes, o por lo menos, no pudo conocerse actuando la parte con la debida diligencia. Sin embargo, este control no lograba contrarrestar en forma eficaz las desventajas de la contratación estandarizada y la desigualdad de fuerza negocial. Por ello, la jurisprudencia alemana empezó a desarrollar la teoría del control de las cláusulas abusivas como un control al contenido sustancial del negocio cuando la parte (fuerte), que ostenta un monopolio en el mercado en contra de los intereses de su contraparte (débil), impone cláusulas de comportamiento en desventaja de esta y en beneficio de aquella —lo que es considerado contrario a las buenas costumbres— y da lugar a la declaratoria de nulidad de la cláusula. Esta tesis fue abandonada dado que, para anular la cláusula, era necesario probar que las condiciones del contrato habían sido predispuestas por el contratante que ejerce el monopolio en el mercado. La jurisprudencia alemana acoge el criterio de la buena fe como principio general del derecho, con lo cual permite la corrección del contrato cuando la parte que predispone las condiciones del negocio causa una desventaja excesiva a su contraparte, que simplemente adhiere al negocio. Al tiempo, en el ordenamiento jurídico italiano, particularmente en el código civil de 1942, se empezó a regular un control formal de cláusulas abusivas aplicado a todos los contratos celebrados bajo la modalidad de condiciones generales predispuestas, sin importar la calidad de profesional o consumidor que tuviere el contratante, y se consideró que, para que la cláusula no fuere abusiva, la parte que se adhiere debía conocer las condiciones del negocio, o no las podía haber conocido actuando con la debida diligencia. Adicionalmente estableció, que las cláusulas de limitación de responsabilidad y las que modifican carga de la prueba, para que no fueren abusivas, no solamente debían cumplir el requisito de la información señalado, sino que, además, tenían que ser expresamente autorizadas por la contraparte. Más tarde, en Alemania, se expide la ley de condiciones generales de la contratación (AGB) en 1976, que introduce un control de incorporación de cláusulas de las condiciones generales de los contratos y un control sustancial. El primero, está referido al conocimiento de las cláusulas en los términos ya señalados, y el segundo, que aparece por primera vez, se refiere a aquellas condiciones generales de contratación que causan una desventaja no razonable en contra de las exigencias de la buena fe a la contraparte del predisponente. Esas cláusulas son ineficaces de pleno derecho.

Todo este desarrollo jurisprudencial fue recogido en la expedición de la directiva 93/13 de 1993 del Consejo y del Parlamento europeo, que conciben las cláusulas abusivas como un instituto de control del contenido de los contratos celebrados entre consumidores, siempre que se tratara de cláusulas que causaran un desequilibrio significativo a los derechos y obligaciones de las partes y fueran contrarias a la buena fe. Sobre el tema consúltese la obra de DÍAZ, I., “Límites a las cláusulas modificativas”, cit.

¹⁴¹ DÍAZ, I., “Límites a las cláusulas modificativas”, cit.

entre los derechos y las obligaciones de las partes deberá examinar la integridad de las cláusulas, así como el contenido de la cláusula y si esta infringe las exigencias de la buena fe¹⁴².

La infracción a las exigencias de la buena fe constituye un criterio esencial de caracterización, pero autónomamente y como contenido de una cláusula general abierta. Esta remisión al principio de la buena fe se hace operativa, útil y se halla al servicio del intérprete en punto a la realización de un test de confrontación entre la cláusula de dudosa legitimidad (apreciable) y el derecho dispositivo y la finalidad jurídica económica del contrato. La buena fe se erige así en la disciplina general del contrato como un límite a la autonomía negocial y, por ende, a las cláusulas abusivas —aquellas restrictivas de la responsabilidad—; límite que puede verificarse, en el caso concreto, mediante la valoración del ejercicio del poder de la parte que ha establecido la cláusula, lo cual perfila el principio de la buena fe como instrumento de control del abuso del derecho. De esta manera, dicho principio se constituye en una herramienta que permite valorar el grado de afectación del equilibrio contractual, tal como fue consagrado especialmente en el sistema europeo por el ordenamiento jurídico alemán, a través de la Ley de Condiciones Generales Predispuestas (AGB Gesetz, hoy incorporadas en el BGB, §§ 307-310), en donde las cláusulas abusivas se definieron —de manera general y abstracta— como aquellas que causan un perjuicio no razonable a la contraparte, en contraste con los dictámenes de la buena fe.¹⁴³

Por su parte, otro factor que genera desequilibrio en el contrato con el consumidor es la *dimensión cognoscitiva*. El proveedor es el experto en el bien o servicio que ofrece, condición que responde a la realidad del empresario y que le permite habitualmente tener mayor conocimiento, sea porque tiene mayor capacidad económica —*dimensión económica*, que le facilita la adquisición de dicha información— o porque es quien impulsa el desarrollo tecnológico para la fabricación de los productos o estructuración de sus servicios; solo él conoce su origen, composición, naturaleza y correcta forma de utilización y, en todo caso, porque su condición de profesional le impone el deber de consultar y conocer toda la información relativa a los productos o servicios ofrecidos¹⁴⁴. En contraste con su contraparte, el consumidor, quien en la mayoría de los casos carece del conocimiento apropiado con respecto de los bienes y servicios que consume, generalmente se enfrenta a la disyuntiva de adquirir o no el producto, sin ninguna posibilidad de negociación o reflexión. Ante este déficit de información —asimetría informativa—, el consumidor se encuentra en una situación de contratante débil frente al proveedor¹⁴⁵.

Así, la situación descrita hace que, por ejemplo, durante los tratos previos al contrato, las partes no cuenten con la misma calidad ni capacidad de análisis de la información referente al bien o servicio contratado¹⁴⁶. Aun cuando el consumidor cuente con toda la información, podría implicarle un mayor desgaste procesarla, circunstancia que también genera desequilibrio en la relación contractual de consumo.

¹⁴² Comunidad Económica Europea, directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, Ley de Condiciones Generales Predispuestas (AGB Gesetz, hoy incorporadas en el BGB, §§ 307-310).

¹⁴³ Para una mayor comprensión del alcance del principio de buena fe en el control de las cláusulas abusivas y su tratamiento en el derecho europeo, véase DÍAZ, I., “Límites a las cláusulas modificativas”, cit., 173-181.

¹⁴⁴ GRANADOS, J., “Las declaraciones publicitarias y la integración de las obligaciones”, cit., 12.

¹⁴⁵ Véase en este sentido DURAND, J., “El derecho del consumidor y sus efectos en el derecho civil”, cit., 115.

¹⁴⁶ GRANADOS, J., “Las declaraciones publicitarias y la integración de las obligaciones”, cit., 12-13.

De lo expuesto anteriormente, queda claro que el contrato con el consumidor es asimétrico, generalmente configurado como contrato de adhesión, siendo, en efecto, un contrato de autonomía restringida y de consentimiento informado, por lo cual se justifica una fuerte incidencia de la buena fe; de este principio, se derivan obligaciones y requisitos que deben consignarse en la información de los oferentes, con el propósito de que los consumidores realicen adquisiciones racionalmente procesadas que satisfagan eficazmente sus necesidades. Adicionalmente, esos factores de desequilibrio hacen que en el derecho privado contemporáneo los contratos con el consumidor aparezcan como una categoría contractual que merece especial atención, dada la preocupación de proteger al contratante débil en aras de buscar el equilibrio y justicia contractual.

Por consiguiente, las particularidades del contrato con el consumidor y los factores de desequilibrio contractual tienen una influencia en la manera como se afrontaría la interpretación de esta modalidad contractual, puesto que, tal vez, se podría pensar que dichas particularidades y la asimetría (*jurídica, cognoscitiva y económica*) llevan a plantear ajustes y complementos a los criterios tradicionales de interpretación contractual, y a poner en duda la utilidad de aplicar ciertos criterios tradicionales de interpretación contractual al contrato con el consumidor, lo cual sin embargo, no implica que de entrada se puedan descartar, como se expone continuación.

Hasta aquí, se ha delineado el objeto de análisis de este trabajo y se ha señalado cual es la fisonomía del contrato con el consumidor y sus características, evidenciando que, efectivamente, tiene un componente de asimetría fuerte, condición que lo hace diferente al contrato clásico plasmado en el Código Civil; asimismo, el hecho de que en dicha figura contractual se presenten desequilibrios justifica la necesidad de una estructura especial. Ahora, teniendo claro que existen diferencias en el contrato con el consumidor, en el siguiente apartado es necesario analizar si esas particularidades justifican o no que los criterios de interpretación tradicional se apliquen adecuadamente a este o, en cambio, se deban actualizar a las nuevas realidades que comporta la referida categoría contractual.

IV. Los criterios de interpretación tradicionales se adaptan perfectamente a las dinámicas del contrato con el consumidor

En este aparte analizaremos qué tanto influyen las particularidades del contrato con el consumidor en la aplicación de los criterios tradicionales regulados en el Código Civil de Bello y si estos resultan idóneos a la hora de interpretar el contrato con el consumidor, es decir, si pueden cohabitar en su originalidad o si se deben actualizar a las nuevas realidades que comporta la referida modalidad contractual.

A. Una cuestión general sobre la interpretación contractual y la cuestión del método: subjetivo u objetivo

Entrando en el tema que nos convoca, conviene definir qué se entiende por interpretar. En tal sentido, Díez-Picazo y Guillón sostienen que la interpretación es una actividad dirigida a la determinación del sentido de una declaración o comportamiento negocial, de sus efectos y consecuencias en el orden jurídico negocial, que ha de hacerse de conformidad con reglas jurídicas predispuestas por el ordenamiento¹⁴⁷. Por tanto, cuando nos ocupamos de la interpretación del contrato nos referimos a un

¹⁴⁷ PICAZO, L. y GUILLÓN, A., *Instituciones de derecho civil*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1995, 445.

proceso que busca entenderlo, esto es, determinar los verdaderos alcances de las voluntades que han concurrido a su formación; este entendimiento se logra por medio del lenguaje. Para su manifestación de voluntad, las partes han utilizado uno y es necesario entenderlo y delimitar sus alcances, pues, a su vez, en ese entendimiento se utilizará como expresión el lenguaje mismo, por lo cual la primera exigencia para ese sujeto debe ser la espontaneidad¹⁴⁸.

De manera que, en el proceso interpretativo contractual, el intérprete debe tener en cuenta que lo que se interpreta es una declaración, esto es, una conducta relevante desde el punto de vista contractual, que se manifiesta a través del concurso de voluntades. Esta, como hecho de la vida interior, no se interpreta, lo que se interpreta es la exteriorización de la voluntad¹⁴⁹. En este sentido, Betti entiende que lo que cuenta para la interpretación no es el tenor de las palabras o la materialidad del significado, sino la situación objetiva en que aquellas vienen producidas o suscritas. Lo que le importa al intérprete no es ceñirse a la intención psicológica de los contratantes —como mal se ha interpretado el artículo 1618 del Código Civil¹⁵⁰— ni solamente al tenor literal, sino al contexto social, político y jurídico en que tal intención se produce.

La voluntad del contratante debe encuadrarse en el orden jurídico con el que forma una realidad complementaria. En este sentido, es equivocado el planteamiento que hace la doctrina y la jurisprudencia, influenciados por el dogma clásico de la autonomía privada, cuando considera que las reglas de interpretación están encaminadas a interpretar la voluntad como sustrato del contrato, es insuficiente. Las reglas plasmadas por Bello trascienden esta idea al estar orientadas a investigar el contenido de la declaración —junto a la norma que a ella refiere— y los factores que sobre ella han incidido por medio de las palabras, escritos, signos, conductas asumidas y comportamientos concluyentes cuando vulnera el deber de información quien debió actuar de buena fe.

En este orden, la discrepancia a la que debe enfrentarse el intérprete requiere darle prevalencia a la voluntad interna de las partes, o bien a lo declarado por ellas —como también a otros elementos objetivos regulados en el código civil—; creemos que ambas soluciones pueden conciliarse en el sentido en que, para llegar a encontrar la voluntad, el intérprete debe partir de la objetividad, de lo manifestado por las partes, a la forma contractual en la cual se condensaron las voluntades al momento de configurarla, teniendo en cuenta el fin práctico perseguido por las partes a través del contrato. De esta manera, la interpretación busca la voluntad “declarada”, lo actuado por las partes, en un contexto jurídico social mediado por los parámetros de la buena fe¹⁵¹.

¹⁴⁸ PAUCAR, J. “La interpretación del contrato”, en CASTRO, M. (coord.), *Derecho de las obligaciones, con propuestas de modernización*, t. II, 2ª ed., Bogotá, Universidad de los Andes y Temis, 2016, 319.

¹⁴⁹ BETTI, E., “Interpretación de la ley y de los actos jurídicos”, *Revista de derecho privado*, 1975, 9-31.

¹⁵⁰ Por la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de casación civil del 14 de agosto de 2000, magistrado ponente Carlos Ignacio Jaramillo, expediente 5577, en donde señala que la misión del intérprete es la de recrear la voluntad de los extremos de la relación contractual, partiendo necesariamente del principio básico: la fidelidad a la voluntad, a la intención, a los móviles de los contratantes. Obrar de otro modo es traicionar la personalidad del sujeto comprometida en el acto jurídico. Creemos, por el contrario, que el argumento desconoce el andamiaje hermenéutico plasmado en el Código Civil de Bello, que en esencia es objetivo al considerar a la persona como el centro del discurso jurídico, tal como se deduce de todo el compendio de reglas de interpretación, y que la misión de intérprete es echar mano de dichas reglas para, a través de ellas, rescatar la voluntad de los agentes.

¹⁵¹ En este sentido, ORDOQUI, G. *Buena fe en los contratos*, Biblioteca Latinoamericana de Derecho, Temis, Ubijus, Reus y Zavalía, Bogotá, México D.F., Madrid, Buenos Aires, 2011, 92 - 93.

Sobre dicha discordancia, Franco Victoria, fundamentándose en la doctrina italiana, sostiene que fue conciliada, en el sentido de que la hermenéutica contractual tiene por objeto que el intérprete, primero, para encontrar el significado jurídicamente relevante del acto negocial, la cual se desarrolla como un proceso lógico-jurídico gobernado al mismo tiempo por principios de lógica y criterios jurídicos en el cual se habrá de determinar el supuesto de hecho contractual, con fundamento en la fórmula final y en los demás documentos, y en el comportamiento de las partes, para deducir de conformidad con el contexto social la intención de las partes de forma concreta —subjetividad—, o, en subsidio, de forma abstracta conforme a criterios restantes —objetividad—¹⁵². Este planteamiento es soportado, por el precitado autor, en la teoría ecléctica del significado jurídicamente relevante, que combina las dos teorías subjetiva y objetiva, en función de la gradualidad de los criterios de interpretación, y que en atención a ella, primero se debe procurar el significado subjetivo, que encuentra soportado en la exteriorización o materialización del texto contractual, en las declaraciones y en los comportamientos, y segundo, si no se hallare aquel, proceder a la búsqueda del sentido objetivo, al que corresponde una persona razonable y de buena fe, conforme a los usos sociales de forma residual y al tipo contractual, en atención a las circunstancias propias del caso, o el que la propia ley asigne conforme a los intereses que quiere privilegiar según los criterios objetivos finales de conservación del contrato a *favor debitoris* e interpretación contra el predisponente¹⁵³.

Según el recorrido hermenéutico expuesto, el punto de partida es el texto, en lo cual coincidimos con Franco Victoria; sin embargo, aún ante la claridad de aquel, es necesario que el intérprete recorra libremente la totalidad de recursos hermenéuticos consagrados por el codificador, y que entre ellos elija el criterio que resulte más aplicable en función del caso, remitiendo siempre al criterio que privilegie a la persona como centro del discurso jurídico, sin que exista una secuencia forzosa que deba ser acatada en todos los casos de forma imperativa, por lo que sería innecesaria la jerarquía descrita.

Aunque la gradualidad de los criterios de interpretación nos parece acotada y didáctica, nos apartamos de la combinación subjetiva y objetiva de la interpretación acogida por el citado autor, que privilegia la primera sobre la segunda, y que, en consecuencia, las reglas objetivas son residuales; no se les debe dar relevancia, porque —como más adelante exponremos— no es viable afirmar la existencia de un orden y nivel de tales criterios, dado que, el objeto de las normas de interpretación es el mismo, y tales cánones se limitan a suministrar insumos de diversa índole con los que el intérprete puede lograr su objeto. Menos aún, resultan las reglas objetivas accesorias, puesto que, de acuerdo con el caso que se analice, ellas pueden resultar privilegiadas, cuando son las únicas que remiten a la voluntad de las partes y aseguran los términos del contrato, o cuando de su aplicación resulta protegida la parte vulnerable de la relación contractual¹⁵⁴.

Hechas estas precisiones, a continuación estudiaremos las reglas de interpretación consagradas en el Código Civil con el propósito de determinar si estas están vigentes para interpretar los contratos con el consumidor.

¹⁵² FRANCO, D., *Interpretación de los contratos civiles y estatales*, 1ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, 91.

¹⁵³ FRANCO, D., *Interpretación de los contratos civiles y estatales* cit., 92

¹⁵⁴ Véase en este sentido a CARRASCO, A., *Derecho de contratos*, Castilla la Mancha, Dúo-Aranzadi y Thomson Reuters, 2017, 401-415.

B. Los criterios tradicionales de interpretación de contratos siguen siendo aplicables en el ámbito de los contratos con el consumidor

Si bien las normas que regulan las reglas o criterios de interpretación en el Código Civil de Bello son de tradición romanista, este constituye un catálogo original y endógeno marcadamente objetivo, apartándose de esta manera del modelo dominante de la época: el Código Civil francés¹⁵⁵, así:

La regla del artículo 1618 que combina la intención-literalidad sigue siendo aplicable en el contrato con el consumidor

Esta regla tiene su origen en el derecho romano posclásico que daba prevalencia a la *voluntas*, que luego fue reproducida por los juristas del *ius commune*, quienes mediante la relectura de textos romanos hicieron primar de la misma manera la voluntad, creando listas máximas de interpretación, amparándose en considerarlas “máximas de justicia y de equidad”. En este contexto, se presenta un replanteamiento orientado a hacer prevalecer siempre aquella voluntad objetivamente determinable por sobre el mero texto. Con este fin, se ordenan reglas para encontrar esa voluntad. Esto fue recogido por el Código Civil de Bello, bien por la vía de la tradición francesa —nutrida por las ideas de los juristas Domat y Pothier— o bien, como se ha visto, a través de los principios de derecho de gentes de Bello, quien fue inspirado por otros juristas europeos —como Emerich de Vattel y Robert Phillimore— cuyo legado construyó aquella regla que permanece inalterada hasta nuestros días en la codificación civil¹⁵⁶.

De esta manera, la citada regla es fruto del modelo de contrato plasmado en los códigos decimonónicos que, como dijimos en su momento, parte del ideal de igualdad material y jurídica de las partes, quienes, en virtud de su autonomía privada, mediante la manifestación de un consentimiento sano, configuran el programa contractual. En este contexto, una de las corrientes imperantes de la época, la doctrina clásica voluntarista, amparada en el ideario individualista, proclamaba el respeto por la libertad contractual de los individuos, y como corolario, consideraba que el papel del intérprete era develar la intención verdadera de los contratantes, ahondado en su voluntad interna, para luego hacer prevalecer esta sobre la voluntad declarada¹⁵⁷.

Tal disposición, plasmada en el Código Civil de Bello, fue concebida como un criterio subjetivo, fundamentado en el rol de la autonomía privada¹⁵⁸ en el contrato paritario y en la función del juez¹⁵⁹. En virtud de lo primero, se consideraba necesario dar prioridad a la regla de la intención de los contratantes porque era el punto de conexión en materia de interpretación con el valor supremo de la

¹⁵⁵ RODRÍGUEZ, J., “La arquitectura de la hermenéutica contractual”, cit., 299.

¹⁵⁶ RUBIO, F. “Notas histórico-dogmáticas de la interpretación de los contratos en el código civil chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 45, n° 2, 2018, 9.

¹⁵⁷ PLATA, L. y MONSALVE, V., “La interpretación contractual”, cit., 24 y 32

¹⁵⁸ En función de la idea que se adopte sobre la arquitectura y alcance de la referida autonomía privada, determinará la adhesión o el rechazo a la búsqueda de la común intención de los contratantes, como prioridad hermenéutico negocial. En este sentido, véase JARAMILLO, C., “Importancia de la interpretación contractual y esbozo de los sistemas tradicionales de interpretación de los contratos”, en MANTILLA, F., y TERNERA, F. (dir.), *Los contratos en el derecho privado*, 1ª ed., Bogotá, Legis, 2007, 30 .

¹⁵⁹ RODRÍGUEZ, J., “La arquitectura de la hermenéutica contractual”, cit., 306.

libertad, y de lo segundo, con dicha regla se limitaba la labor del juez para que no terminase sustituyendo esa misma libertad reconocida en la intención de los contratantes¹⁶⁰.

Las ideas expuestas resultan ser manipuladas por los fines políticos de la época; por ende, en la hermenéutica contractual de las codificaciones del siglo XIX imperaba un criterio subjetivo, basado en que “la intención de los contratantes” era la búsqueda de su voluntad interna, cuando esta regla es mucho más que eso: encarna en pautas de carácter objetivo¹⁶¹.

Por lo tanto, aun cuando el código estipule el criterio que propende por auscultar la intención de los contratantes por encima de lo estipulado, este en sí mismo resulta impotente para tal efecto, por lo que se hace indispensable acudir a pautas para indagar esa voluntad, las cuales resultan ser eminentemente objetivas¹⁶².

Lo anterior fue diseñado para el contrato clásico, que era la forma contractual en boga de los códigos decimonónicos. Veamos ahora si esta visión tradicional puede ser aplicada al contrato asimétrico, en particular, al contrato con el consumidor.

Pues bien, como ya habíamos anotado, el cambio de la dinámica económica y su masificación, así como la respuesta jurídica en las nuevas formas de contratación, erosionó la teoría clásica del contrato¹⁶³. En efecto, surge una modificación del principio de la autonomía, en el sentido de que la voluntad ya no impera como otrora de la fuerza obligatoria del contrato; una nueva exigencia de justicia reclama la intervención del Estado para evitar el abuso de una parte sobre la otra, pues ya no se cree que lo libremente querido sea necesariamente justo.

Dichos contratos se rigen por unas reglas y características propias, incluyendo el reconocimiento de la objetividad contractual y el replanteamiento de la autonomía de la voluntad¹⁶⁴, el nacimiento de los formalismos para ciertos negocios, la protección de la parte que carece de poder de negociación, la interpretación *contra proferentem* y a favor del deudor¹⁶⁵, la maximización de los deberes que emanan de la buena fe, y la intervención del Estado con la prohibición de cláusulas abusivas¹⁶⁶.

Los anteriores elementos, integrados en el contrato con el consumidor¹⁶⁷, van a alterar los criterios para interpretarlos, dando lugar a que tales criterios se objetivicen —como apuntaremos más adelante—, y de cara a esto, la doctrina¹⁶⁸, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia¹⁶⁹ y, partiendo

¹⁶⁰ RODRÍGUEZ, J., “La arquitectura de la hermenéutica contractual”, cit., 306-307.

¹⁶¹ RODRÍGUEZ, J., “La arquitectura de la hermenéutica contractual”, cit., 306.

¹⁶² JARAMILLO, C., “Importancia de la interpretación contractual”, cit., 34-35.

¹⁶³ DURAND, J., “El derecho del consumidor y sus efectos en el derecho civil”, cit., 102.

¹⁶⁴ Que hoy se erige como un derecho fundamental, y se concilia la libertad contractual con elementos morales como la justicia y la equidad en las relaciones para establecer límites a la libertad contractual, y en los contratos con el consumidor, para evitar al abuso del contratante con mayor poder.

¹⁶⁵ Reglas contenidas en el Código Civil de Bello, y que como más adelante se precisará, resultan ser aplicadas al contrato con el consumidor

¹⁶⁶ DUQUE, A., “Una revisión del concepto clásico de contrato”, *Revista de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales*, vol. 38, n° 108, 2008, 468.

¹⁶⁷ HERRERA, F., “El contrato de consumo: notas características”, cit., 30

¹⁶⁸ PLATA, L. y MONSALVE, V., “La interpretación contractual”, cit., 24 y 32

¹⁶⁹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 4 de noviembre de 2001, Exp. 11001310302441998417501.

de la asimetría latente en estos contratos, de donde nace la necesidad de proteger al contratante débil, considera que los métodos tradicionales regulados en el Código Civil son de naturaleza subjetiva, por lo cual no admiten ser aplicados al referido contrato. De esta manera, se desvirtúa la posibilidad de acudir a la regla del artículo 1618 —encaminado a desentrañar la intención de los contratantes— teniendo en cuenta que en los contratos con el consumidor —en términos clásicos— no existe voluntad común, dado que el contenido del contrato responde a la voluntad de una sola de las partes¹⁷⁰; por tanto, en caso de aplicarse la regla precitada, se estaría dando prevalencia a la voluntad del contratante fuerte en perjuicio de su contraparte, lo cual va en contravía de la finalidad de la relación de consumo, cual es, proteger al contratante débil; en consecuencia, para interpretar estos contratos, debe prevalecer una interpretación objetiva¹⁷¹.

Sin embargo, siguiendo a Rodríguez Olmos, consideramos que tal planteamiento no es acertado por cuanto las normas que regulan las reglas de interpretación no remiten a la búsqueda de una voluntad íntima; en este sentido, constituye una apreciación equivocada de la interpretación contractual contenida en el Código Civil, marcada por criterios objetivos que se reflejan en la exteriorización de la intención, del documento escrito, del acuerdo verbal, del comportamiento.

Por lo anterior, consideramos que la regla hermenéutica del artículo 1618 puede ser aplicada perfectamente a la interpretación de los contratos con el consumidor, puesto que el contenido del artículo *ibidem* no comporta —como lo hace la doctrina y jurisprudencia colombianas¹⁷²— un sentido subjetivo de prevalencia de la voluntad interna. Por el contrario, esta expresión encarna la utilización de criterios objetivos, tal como se colige de la lectura en contexto de todas las normas del Código Civil que regulan la interpretación contractual. Dicha regla va a significar un reenvío a índices de significado objetivo que trascienden la voluntad interna, —incluso las palabras— teniendo en cuenta los gestos, los comportamientos y los instrumentos de comunicación en un sistema de lenguaje generalizado¹⁷³. De esta manera, la expresión “intención de los contratantes” es de carácter objetivo; en consecuencia, el intérprete debe ceñirse a los documentos, comportamientos de las partes en todo el iter contractual, y a todo aquello por lo cual la voluntad ha sido expresada para lograr un resultado en su interpretación, ya que esta es necesaria aun cuando la declaración de voluntad resulte de signos o de comportamientos concluyentes¹⁷⁴.

Adicionalmente, de conformidad con el principio de la buena fe esta regla no debe analizarse aisladamente sino que debe articularse con todas las normas que regulan los otros criterios de interpretación. De esta manera, la interpretación deberá realizarse en el sentido que mejor perfeccione la funcionalidad del contrato, a la luz de la común intención objetivizada de las partes¹⁷⁵. Por ello, consideramos, que esta regla no es preferencial en nuestro andamiaje hermenéutico, como lo ha

¹⁷⁰ ESTIGARRIBIA, M., “Interpretación de los contratos. Evolución de sus principios”, cit., 64

¹⁷¹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 4 de noviembre de 2001 Exp. 11001310302441998417501.

¹⁷² Ver *supra* apartados 4.1.1 y 4.1.2.

¹⁷³ CASELLA, M., “Voz *Negozió giurídico interpretazione del*”, en *Enciclopedia del Diritto*, vol. 28, Giuffrè, Milano, 1978, 19.

¹⁷⁴ GRASETTI, C. *L'interpretazione del negozio giurídico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, CEDAM, 1983, 102-104.

¹⁷⁵ NEME, M. “La buena fe como el eje del proceso de integración e interpretación del contrato”, cit., 272.

sostenido nuestra jurisprudencia¹⁷⁶, consideramos en cambio que, para acudir a los demás criterios de interpretación, tenga que haberse agotado la regla del artículo 1618 del Código Civil, mucho menos que estos comporten un valor residual. Por el contrario, cuando se acude a la regla precitada, es necesario que el intérprete acuda conjuntamente a todos los criterios para determinar si las palabras del contrato en su sentido literal expresan la autonomía privada objetivizada de los contratantes, de conformidad con los presupuestos de la buena fe, en cuanto esta orienta al esclarecimiento de los términos en que se ejercitó aquella, y el contenido mismo del pacto¹⁷⁷.

A pesar de que la interpretación del contrato desde la visión clásica estuvo rodeada de postulados subjetivos, el Código Civil de Bello, a diferencia del código napoleónico, conservó una postura objetiva del contrato, más dinámica y preocupada por el encuadramiento de la operación negocial en los canales típicos en los que se ejecuta¹⁷⁸, lo cual se refleja en las normas acogidas por Bello sobre la interpretación contractual, que se siguen a continuación, según el listado que aporta Rodríguez Olmos.

La regla lógica del artículo 1619 del Código Civil constituye una regla de interpretación restrictiva

El Código Civil recoge la regla lógica de la interpretación restrictiva en el artículo 1619, circunscrita al interés práctico del contrato, pero lo hace de una forma bastante restringida, orientándola solamente a la materia contratada. En virtud de esta regla, habría que restringir el alcance de las cláusulas que por su generalidad pudieran tener una aplicación más amplia. Por consiguiente, la materia sobre la que se ha contratado determina la aplicación que debe hacerse de la generalidad de los términos de un contrato. En este sentido, si el objeto del negocio es una universalidad de cosas, este comprenderá todas las cosas particulares que componen esa universalidad¹⁷⁹.

En la actualidad, esta regla se puede considerar como una manifestación de la regla de la interpretación restrictiva con una nueva funcionalidad en los contratos con el consumidor, a lo que haremos alusión con más detalle¹⁸⁰.

¹⁷⁶ La doctrina (local y foránea) y la jurisprudencia nacional reconocen que existe jerarquía entre los criterios de interpretación del contrato y, en esa medida, han señalado que el subjetivo prevalece sobre el objetivo, a partir de la idea de que el principio de la búsqueda de la real voluntad de los contratantes es fundamental dentro de la labor hermenéutica y que los demás principios y reglas son subsidiarios. Con todo, la búsqueda de la común intención de las partes se erige como punto de partida de la labor interpretativa de los contratos. De ahí que un adecuado ejercicio hermenéutico contractual deba empezar siempre por determinar cuál era la *communis intentio*, a la que alude el artículo 1618 del Código Civil, y solo en caso de que esa labor resulte infructuosa es posible aplicar las pautas objetivas de interpretación antes reseñadas, como las previstas en los artículos 1619, 1620, 1621, 1623 y 1624 de esa misma codificación. Por eso, no importa el nombre que las partes le hayan otorgado a un acuerdo de voluntades, pues prevalece la intención de los extremos contractuales. Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia 13001233100020030168101 (40353), junio 21 de 2018.

¹⁷⁷ Cuya observancia en términos de respeto por la palabra empeñada y la fidelidad constituyen a su vez manifestaciones del principio de la buena fe. NEME, M. “La buena fe como el eje del proceso de integración e interpretación del contrato”, cit., 270-273.

¹⁷⁸ RODRÍGUEZ, J., “La arquitectura de la hermenéutica contractual”, cit., 304.

¹⁷⁹ CLARO, L. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado, de las obligaciones*, vol. 6, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1979, 21-22.

¹⁸⁰ Ver infra págs. 40-41.

La conservación del contrato tiene una utilidad en relación con las reglas de interpretación diseñadas para el contrato con el consumidor

Este criterio clásico, regulado en el artículo 1620 del Código Civil de Bello, parte del supuesto de que, al contratar, las partes lo hacen seriamente y con el propósito práctico de satisfacer sus necesidades individuales, por lo que se hace menester proteger la subsistencia del contrato como mecanismo apto para alcanzar la finalidad perseguida. Por eso, se rechaza toda interpretación que haga a una cláusula ineficaz, y de tal modo, se impone al intérprete que, entre varias interpretaciones lógicas, elija la que produzca efectos según la naturaleza y objeto del contrato¹⁸¹. Dicho criterio constituye un aspecto particular de la tendencia general hacia la conservación de los actos jurídicos, en tanto que implica un modo mediante el cual el ordenamiento jurídico viene en auxilio de las partes, supliendo la imperfecta manifestación de voluntad o salvando los efectos del contrato que *utilitatis causa*, deben escapar a las razones de invalidez, rescisión o de resolución¹⁸².

El criterio expuesto sigue vigente en el contrato con el consumidor, dado que su finalidad, moldeada por la economía del bienestar, es la satisfacción de las necesidades de los contratantes; en virtud de ello, la interpretación del contrato debe realizarse de tal manera que logre conservarlo y mantener su eficacia, para que, de esta forma, las partes logren la finalidad jurídica y económica que persiguen con el programa contractual. De acuerdo con la ley¹⁸³, la aplicación de este principio lo constituyen la ineficacia o nulidad¹⁸⁴ de las cláusulas abusivas incorporadas en los contratos con el consumidor; el contrato subsistirá sin la cláusula lesiva siempre y cuando no afecte un elemento de su esencia, y la autoridad competente deberá determinar cuáles son los derechos y obligaciones del referido contrato, en función de su conservación.

La interpretación conforme a la naturaleza del contrato

Corresponde a la tercera regla de Pothier, y su ejemplo tradicional: el contrato de arrendamiento; en este no se determina la periodicidad del canon, falla que se suple porque se entiende que el contrato es de tracto sucesivo y que los pagos son mensuales o anuales, dependiendo de la naturaleza del contrato¹⁸⁵. Este caso da cuenta de que el criterio de interpretación conforme a la naturaleza del contrato conlleva, en primer lugar, a la calificación del mismo, esto es, a determinar su tipología; para ello, es necesario confrontar la situación contractual particular con respecto a la descripción del supuesto fáctico en la norma jurídica, con el propósito de verificar si existe correspondencia entre ellas y determinar los criterios relevantes de su tratamiento jurídico. La calificación del contrato dentro de los tipos contractuales legales y sociales correspondientes es relevante, dado que va a permitir aplicar los usos o la razonabilidad y los otros criterios de naturaleza objetiva consagrados en el Código Civil de Bello.

¹⁸¹ KEMELMAJER, A., “Reflexiones sobre la interpretación de los contratos”, en OVIEDO, J. (coord.), *Contratos, teoría general, principios y tendencias*, 63-64.

¹⁸² FRANCO, D., *Interpretación de los contratos civiles y estatales*, cit., 193.

¹⁸³ Artículo 44 de la ley 1480 de 2001 Estatuto del consumidor.

¹⁸⁴ El legislador confunde la ineficacia con la nulidad, siendo figuras distintas.

¹⁸⁵ TORRES, I. y SALAZAR, C., *De las obligaciones y los contratos civiles*, 1ª ed., Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones CEP, 2015, 103.

Luego de esto, se podrían interpretar aquellas expresiones polisémicas contenidas en el contrato e identificar el significado que sea más conveniente o que mejor corresponda a la naturaleza, objeto o materia del contrato. Esto refleja la calidad objetiva del criterio, al prescindir de investigar la intención interna de las partes para dar lugar a la interpretación en virtud de los distintos tipos contractuales, dándole relevancia a la función económico-social de la respectiva tipología contractual y a la destinación económica objetiva del bien deducido en el contrato¹⁸⁶.

Dado que este criterio alude a la función del contrato, no puede emplearse separadamente ya que debe atenderse el encuadramiento que tal contrato tiene en el tráfico jurídico; de igual manera, incorpora las cláusulas de uso común, que se entienden incluidas en el contrato, aunque no se expresen¹⁸⁷. Es por esta funcionalidad —que en el campo del consumo se identifica como la condición más compatible con la finalidad del negocio— que la tercera regla de Pothier es útil en el contrato con el consumidor, como anotaremos más adelante, puesto que coadyuva a aclarar la contradicción que se suscita entre dos cláusulas generales de contratación; tal regla es conocida en el derecho contemporáneo con las expresiones de 'regla de la condición más relevante', o 'regla de la condición más retórica'¹⁸⁸. Así, en virtud de la aplicación de esta regla de interpretación en el contrato con el consumidor, por ejemplo, prevalecen las condiciones generales que refieren a elementos esenciales del contrato, por considerarse necesarias para la funcionalidad de este.

La interpretación sistemática es pertinente para articular y hacer efectivas las nuevas reglas de interpretación diseñadas para el contrato con el consumidor

Con este criterio, nuestro codificador supera la visión clásica de la época al vincular al proceso de interpretación otros contratos entre las mismas partes y sobre las mismas materias¹⁸⁹, erigiéndose en una técnica de interpretación. En este contexto, nuestro codificador concibe el contrato como un todo coherente, no como suma de cláusulas sino un conjunto orgánico¹⁹⁰ y lógico, con ella pretende evitar, a toda costa, contracciones y antinomias en el programa contractual¹⁹¹. Así, esta técnica obedece a un criterio de coherencia y armonía entre las diversas estipulaciones de los contratantes, en el cual alude al contexto general que provee la relación contractual, valor contenido dentro de la buena fe¹⁹².

Este criterio implica que la tarea del intérprete no debe centrarse en una cláusula determinada del contrato, aun cuando esta sea clara, sino que debe mirar las cláusulas en su conjunto y entender unas por medio de las otras¹⁹³, funcionalmente. Implica, asimismo, que la labor hermenéutica debe vincular otros contratos entre las mismas partes y sobre las mismas materias, con lo que el codificador supera la

¹⁸⁶ FRANCO, D., *Interpretación de los contratos civiles y estatales*, cit., 181-188.

¹⁸⁷ RODRÍGUEZ, J., “La arquitectura de la hermenéutica contractual”, cit., 317.

¹⁸⁸ LLAMAS, E., “Comentario. Las condiciones generales de contratación”, en *Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, Madrid, La Ley, 2005, 278.

¹⁸⁹ RODRÍGUEZ, J., “La arquitectura de la hermenéutica contractual”, cit., 300.

¹⁹⁰ MESISINEO, F. *Doctrina general del contrato.*, t. II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1952, 107.

¹⁹¹ DÍEZ, L. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, introducción, teoría del contrato, t. I, 5ª ed., Madrid, Civitas 1996, 243

¹⁹² NEME, M. “La buena fe como el eje del proceso de integración e interpretación del contrato”, cit., 271.

¹⁹³ CASELLA, M., “Voz Negoziio giuridico interpretazione”, cit., 19- 20.

visión clásica de los métodos de impetración en los códigos decimonónicos¹⁹⁴. No obstante, esta técnica no es residual, ni debe acudir a ella solo cuando resulte dudosa la cláusula, pues una cláusula que se tenga como clara debe ser mirada y comprendida en unitario conjunto del contrato¹⁹⁵.

Cabe señalar que esta regla tiene una amplia aplicación en el contrato con el consumidor, especialmente para algunas reglas que son concordes a las peculiaridades y a la materia donde operan (predisposición unilateral, limitación a la libertad de configuración del consumidor, desigualdades de poder negocial, debilidad del sujeto que adquiere un bien o servicio como destinatario final), y que permite superar la contradicción o discrepancia entre dos estipulaciones, por lo que forma parte de la interpretación sistemática, regulada en el artículo 1622 del Código Civil.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que en el contrato con el consumidor contempla diversas cláusulas, la operatividad de la interpretación sistemática tendrá una funcionalidad específica, y, por tanto, en caso de discrepancias, las negociadas prevalecerán sobre las predisuestas, las más beneficiosas para el consumidor primarán sobre las perjudiciales, las más relevantes sobre las que no lo son. De esta forma, para superar estas contradicciones y determinar cuál es la cláusula que favorece al consumidor, o cual es la más relevante, según el caso, el intérprete debe echar mano de este criterio, interpretar las distintas cláusulas en su conjunto y comprobar la existencia de contraste entre las mismas, con el fin de optar por la solución más conveniente a los intereses del consumidor, como se referirá al hablar de dichas reglas¹⁹⁶.

El favor debitoris

En la relación de consumo, esta regla implica que la interpretación del contrato debe hacerse en el sentido más favorable a la parte débil —lo que refleja que el procedimiento interpretativo concebido por Bello está impregnado de una consideración de la persona humana—¹⁹⁷. Se origina en la antigua Roma, en un contexto de poder excesivo del acreedor en procedimiento de las acciones de la ley: el cobro del crédito era concebido como venganza del acreedor frente al deudor, por lo que este no iba contra su patrimonio sino contra su persona. Es aquí donde surge la tutela del deudor como una regla que favorece su situación, y la sanción —la esclavitud o la muerte más allá de las orillas del río Tíber— se justificaba como excepcionalidad, como *ultima ratio* y como principio *in dubio pro-reo*, propios del derecho penal.

Sin embargo, la situación del deudor mejoró con la expedición de la *lex poeteria papiria*, y por la utilización de la *actio iudicati*, con la cual ya no se persigue la persona del deudor sino sus bienes. Tuvieron origen en la época postclásica del derecho romano, en donde es notoria la prominencia de reglas que benefician al deudor, concebido como sujeto vulnerable, por lo que, en caso dudoso u oscuro, se prefiere lo más favorable, o bien, lo menor¹⁹⁸. En esta época, se optó por el *favor debitoris*,

¹⁹⁴ RODRÍGUEZ, J., “La arquitectura de la hermenéutica contractual”, cit., 301.

¹⁹⁵ MASSIMO, B., *Diritto Civile*, 3 II, contratto, Giuffrè, Milano, 1987.

¹⁹⁶ En esta línea RODRÍGUEZ, J., *La interpretación de los contratos de consumo celebrados por adhesión en el Derecho Civil*, cit., 17-18.

¹⁹⁷ RODRÍGUEZ, J., “La arquitectura de la hermenéutica contractual”, cit., 300

¹⁹⁸ ISLER, E., “Del *favor debilis* al *favor consumatore* consideraciones históricas”, *Derecho PUCP*, n.º 82, Santiago de Chile, 2019, 36 -37.

dado que el deudor, por estar a cargo de una obligación, se favorecía con la interacción en caso de ambigüedad. Más tarde, fue acogida por Domat mediante la disposición de interpretación a favor de aquel que está obligado: “las oscuridades e incertidumbres de las cláusulas que obligan se impetran a favor del que está obligado”, y que Pothier, con base en esta, recoge en la regla que establece la interpretación contra el predisponente: en la duda una cláusula se debe interpretar a favor de aquel que ha contraído la obligación¹⁹⁹.

En este orden, el *favor debitoris* se erige como una regla objetiva aplicada al campo de la interpretación contractual, por medio de la cual los contratos deben ser entendidos a favor del deudor. Luego de la moralización y humanización de las relaciones e instituciones jurídicas²⁰⁰, se concibe al deudor como la parte débil del acto contractual, quien debe ser protegido frente al poder del acreedor. Aplicada en el contrato con el consumidor, con la justificación de las asimetrías en las negociaciones y de información, da lugar a la protección del consumidor.

De forma que esta antigua regla, mutada en la actualidad en el *favor debilis*, amplía su espectro particularmente para interpretar las obligaciones de los consumidores, en tanto debe aplicarse el principio en favor del débil, como referimos en el párrafo anterior. La razón de ser de esta regla en la relación contractual de consumo obedece a la necesidad de una finalidad tuitiva²⁰¹, desde la legislación²⁰², con el objeto de intentar restablecer el equilibrio general del sinalagma y, de esta manera, superar las diferencias de poder habidas en su génesis, materializadas en cláusulas abusivas o desequilibrantes de los derechos y las partes²⁰³.

Como el consumidor no tiene la posibilidad de elegir si contrata o no en el mercado, y solo le queda la posibilidad de adherir a las condiciones generales ofrecidas por el profesional, resulta necesario que el intérprete aplique esta regla protectora con más rigor, teniendo en cuenta la situación de indefensión y fragilidad de los sujetos. En este sentido, debe asignar mayor importancia el criterio *pro consumatore* y su correlativo *contra proferentem*, tomando en cuenta que la ignorancia o la necesidad de aquel limitan su libertad contractual²⁰⁴.

La interpretación en contra del predisponente

Como mencionamos, esta regla tiene su origen en el derecho romano²⁰⁵, fue recogida por Pothier, y a su vez, por nuestro codificador; implica que, ante la duda, debe interpretarse el contrato en contra de la

¹⁹⁹ FRANCO, D., *Interpretación de los contratos civiles y estatales*, cit., 205

²⁰⁰ Véase la amplia exposición que sobre esto hace ISLER, E., “Del *favor debilis* al *favor consumatore* consideraciones históricas”, cit.

²⁰¹ A favor de la parte más débil del contrato, es decir, aquella que no participó en la elaboración de su contenido.

²⁰² Artículo 34 de la ley 1480 de 2001 Estatuto del consumidor.

²⁰³ En este sentido, ESTIGARRIBIA, M., “Interpretación de los contratos. Evolución de sus principios”, cit., 67

²⁰⁴ En este sentido, ESTIGARRIBIA, M., *Ibid.*, 67-68.

²⁰⁵ “En el Digesto (XLV, 38,18) “*In stipulationibus quum quaeritur, quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt*” (es decir, “[c]uando en las estipulaciones se duda qué es lo que se haya hecho, las palabras han de interpretarse en contra del estipulante”). En otros textos del mismo Digesto (L, XVII, 172; II, XIV, 39) aparecen aplicaciones específicas para algunos contratos, como la compraventa y el arrendamiento: “*In contrahenda venditione ambiguum pactum contra venditorem interpretandum est*” (es decir, “[e]n la contratación de una venta el pacto ambiguo ha

parte que lo redactó. Dicha regla, tiene su fundamento en el principio de buena fe, que exige un comportamiento leal y claro, y en este sentido, la parte que redactó el texto contractual tuvo a cargo el deber de actuar con claridad y expresar correctamente la voluntad de las partes o de, lo contrario, se beneficiaría de su negligencia o de su dolo.²⁰⁶

En la actualidad, dicha regla se aplica en el ámbito de la relación contractual de consumo teniendo como fundamento la especial situación de superioridad del empresario, que le da la posibilidad de predeterminar el contenido del contrato. Constituye la contrapartida del criterio del *favor debitoris*, en el entendido de que la facultad de revisión del contenido contractual, fundado en la interpretación de las cláusulas dudosas u oscuras a favor del débil, tiene su punto de partida en la predeterminación de las mismas por el empresario, y es él quien debe cargar con las consecuencias de su obrar contrario a la buena fe²⁰⁷.

Ahora, no siempre la interpretación en contra del estipulante puede beneficiar al consumidor porque puede causar el efecto contrario: al interpretarse el contrato en favor de este, resulte lesionado en sus intereses, dándose el contrasentido de que una interpretación en su contra resulte más favorable si se interpreta en contra del predisponente²⁰⁸.

Así, el criterio *contra proferentem* debe armonizarse con la regla de la conservación del contrato en razón a que la interpretación más favorable al consumidor no siempre es la más conveniente a sus intereses, lo cual da lugar a la paradoja que menciona Roppo: una interpretación aparentemente más gravosa para el consumidor resulta, en definitiva, más favorable en cuanto no conduzca a la eliminación de la cláusula vejatoria, porque esto conduciría a la eliminación del contrato. Así, puede resultar que se determine que la cláusula considerada abusiva es esencial al negocio, bien porque regula un elemento esencial del contrato —objeto o precio— o contiene la obligación esencial del mismo; por tanto, si dicha cláusula es declarada ineficaz y se interpreta en contra de quien la estipuló —profesional—, aplicándole todas las consecuencias a él por ser el predisponente, tal solución resulta desventajosa para el interés del consumidor, dado que pondría fin al contrato. La paradoja se evidencia en tanto que también se tiene la regla que privilegia la conservación del contrato que, siguiendo a Roppo, vehicula de una mejor manera los intereses del consumidor aunque aparentemente le pueda ser gravosa.

De lo anterior, tenemos dos interpretaciones: una que privilegia la eficacia de la cláusula —en aplicación a la regla de la conservación del contrato— y otra que propone la ineficacia de la cláusula —y con esta la destrucción del contrato, en aplicación del *pro consumatore*²⁰⁹—. Esta discrepancia es

de ser interpretado contra el vendedor”). Véase RODRÍGUEZ, J., *La interpretación de los contratos de consumo celebrados por adhesión en el Derecho Civil*, cit., 28.

²⁰⁶ ORDOQUI, G., “El derecho del consumidor y la contratación contemporánea”, en ALTERINI, A. MOZOS, L y SOTO, C., *Contratación contemporánea. Contratos modernos, derecho del consumidor*, t. II, 1ª ed., Perú y Bogotá: Ed. Palestra y Temis, 2000, 361.

²⁰⁷ Esto es, que quien tuvo la posición dominante que le otorga la facultad de establecer las cláusulas negociales tiene el deber de ser claro y de no incurrir en abusos. Si contraviene estos últimos mandatos, deberá hacerse cargo de las consecuencias, que importan que la interpretación sea hecha en su contra. En este sentido, ESTIGARRIBIA, M., “Interpretación de los contratos. Evolución de sus principios”, cit., 67-68.

²⁰⁸ A esta conclusión llega Benítez Caorci, al seguir un ejemplo de Roppo, en BENÍTEZ, J., *La interpretación en los contratos con cláusulas predispuestas*, 1ª ed., Bogotá, Temis, 2002, 47-48.

²⁰⁹ RODRÍGUEZ, J., “La interpretación de los contratos de consumo celebrados por adhesión en el derecho civil uruguayo”, *Revista para el análisis del derecho InDret*, Universidad de la República, 2013, 38.

resuelta por nuestro ordenamiento jurídico mediante la aplicación de la regla de la conservación del contrato, lo que resulta más favorable al consumidor y permite lograr el fin práctico perseguido por los sujetos en la relación contractual.

En este caso, no debe aplicarse la regla de la interpretación *contra proferentem*, que con la declaración de ineficacia de la cláusula abusiva implica que, siendo esencial al contrato, equivale a su destrucción. Esta solución iría en contra de los intereses del consumidor, por lo que se debe elegir la regla que privilegia la conservación del contrato.

Es relevante aclarar que por la significación ‘más favorable’ al consumidor se deben entender las consecuencias jurídicas verdaderamente favorables, partiendo de que la elección del significado más ventajoso establezca realmente más derechos y menos obligaciones desde un punto de vista cualitativo y no cuantitativo, esto es, atendiendo a la intensidad y magnitud de las obligaciones impuestas al contratante débil y así determinar cuál tiene mayor gravitación y peso en el sinalagma de la relación de consumo²¹⁰.

Acabamos de demostrar que todas las reglas de interpretación contractual del Código Civil de Bello siguen siendo útiles para interpretar el contrato con el consumidor, con el ánimo de soportar este planteamiento, a modo de conclusión podemos precisar lo siguiente.

C. Los criterios de interpretación contractual del código de Bello son idóneos para interpretar el contrato con el consumidor

Lo expuesto en el acápite anterior pone en evidencia que las reglas que orientan nuestra plataforma hermenéutica tienen como centro la preocupación por la persona y están cimentadas en criterios objetivos, que deben ser empleados armónicamente —sin ser excluyentes de los otros— en consonancia con la buena fe. Ello es así porque dichos criterios se constituyen en manifestaciones de este principio, en el sentido en que la determinación de las obligaciones de las partes de acuerdo con la buena fe exige el atento examen de la propia naturaleza del contrato, de las circunstancias que rodearon su celebración y su ejecución, además de la preservación del interés de los contratantes en atención a la función del negocio, la observación de las costumbres y la preservación del carácter sintagmático de la relación.

Adicionalmente, dichas reglas advierten que nuestro codificador tenía presente que el contrato no correspondía al paradigma de la igualdad real entre los contratantes; esta es la razón por la que incorporaba reglas de interpretación que tendieran a restablecer el equilibrio de las partes, como la tutela del deudor —plasmada en el *favor debitoris*—, entendida como la protección a la parte débil y reflejada en la autorresponsabilidad del predisponente, que comporta una interpretación de las ambigüedades en su contra, tal como lo contemplan los artículos 1624 y 1684 del Código Civil Colombiano²¹¹.

De manera que, todas las reglas tradicionales de interpretación contractual consagradas por nuestro codificador tienen un carácter eminentemente objetivo, lo que hace que se ajusten a las nuevas dinámicas de la contratación, que exige la aplicación de reglas objetivas; en virtud de este carácter, son aplicables a los contratos con el consumidor; no obstante, y como a continuación se refiere

²¹⁰ BENÍTEZ, J., *La interpretación en los contratos con cláusulas predispuestas*, cit., 52.

²¹¹ NEME, M. “La buena fe como el eje del proceso de integración e interpretación del contrato”, cit., 275.

detalladamente, estos contratos tienen sus propios criterios de interpretación, diseñados con la finalidad de proteger al contratante débil —consumidor²¹²—. En virtud de esto, fácilmente se podría colegir que las reglas de interpretación aplicadas a estas modalidades contractuales no son tan distintas en atención a que todo lo que favorezca al contratante débil sería admisible, tal como se observa de los artículos precitados. Por el contrario, las reglas de interpretación contemporáneas no pueden apartarse de la arquitectura hermenéutica del Código Civil sino que deben integrarse y articularse armónicamente como corresponde, toda vez que se trata de un genuino sistema integrado por diversos componentes que comulgan entre sí y perviven en comunidad, tanto en su propósito como a nivel funcional y operativo²¹³.

De la lectura de la ley²¹⁴ y de la doctrina²¹⁵ puede colegirse que al acudir a los criterios o reglas aplicados a los contratos con el consumidor se hace directa referencia a los criterios tradicionales —*favor debitoris, contra proferentem, favor contractus (conservación del contrato) y naturaleza del negocio*— que, articulándose con los otros criterios regulados por el codificador, resultan perfectamente aplicables a la lógica del contrato con el consumidor, tal como dejamos visto. Sin embargo, es indudable que han surgido criterios específicos y exclusivos para dicha categoría contractual en el derecho contemporáneo de contratos, que se exponen a continuación.

D. Las particularidades de los contratos con el consumidor han hecho surgir nuevas reglas de interpretación contractual

Se había anotado que el paradigma de la igualdad del contrato clásico fue replanteado en primer lugar por el surgimiento de los procesos de estandarización propios de la producción en masa, que generó la necesidad de estandarizar los contratos y, con ello, dio lugar al fenómeno de la predisposición de las condiciones del contrato, con lo que surgen el contrato de condiciones generales predispuestas, los contratos de adhesión y los contratos con el consumidor —que generalmente son celebrados con condiciones generales predispuestas o con condiciones o contratos de adhesión—. En segundo lugar, fue replanteado por las patologías del mercado que condujeron a la existencia de relaciones asimétricas entre sus agentes²¹⁶ en virtud de la presencia de asimetrías entre las partes, en tanto que una de ellas tiene un poder predominante sobre la otra, bien sea por su capacidad de negociación, por las características de los bienes que comercializan, por su conocimiento, o por su poder económico, intelectual y cultural, que le permite establecer el contenido contractual.

Dichas asimetrías generan desequilibrio en estos contratos, que hacen que se corra el riesgo que la parte fuerte incluya cláusulas abusivas, confusas u oscuras, o que desconozca los deberes de información u otros en detrimento de la buena fe objetiva. Para subsanar tales desequilibrios, los ordenamientos han

²¹² Artículo 34 de la Ley 1480 de 2011, nuevo estatuto del consumidor.

²¹³ JARAMILLO, C., *Principios rectores y reglas de interpretación de los contratos*, 1ª ed., Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez, 2016, 451.

²¹⁴ Artículo 34 de la Ley 1480 de 2011, nuevo estatuto del consumidor.

²¹⁵ Véase ESTIGARRIBIA, M., “Interpretación de los contratos. Evolución de sus principios”, cit., quien hace una explicación sucinta de los referidos criterios. En el mismo sentido PLATA, L. y MONSALVE, V., “La interpretación contractual”, cit., y JARAMILLO, C., *Principios y reglas de interpretación de los contratos*, cit., que hace una exposición en extenso de los criterios de interpretación aplicados a los contratos asimétricos.

²¹⁶ ITURRASPE, J. y LORENZETTI, R., *Defensa del consumidor*, cit., 96.

diseñado tutelas de protección y, con tal fin, se han elaborado criterios de interpretación que atienden a la parte débil.

A continuación se presentan, en conjunto y de manera general, los criterios de interpretación de estos contratos, con énfasis en los contratos con el consumidor, para luego analizar si los métodos tradicionales de interpretación se adecúan a la dinámica de aquellos.

*La circunstanciada o típica*²¹⁷

Como se mencionó en su momento, los contratos con el consumidor son celebrados en su gran mayoría bajo condiciones generales, lo que implica que su contenido es redactado para una variedad de relaciones negociales y sin tener en cuenta el sujeto contractual, quien finalmente suscribe el contrato mediante la modalidad de adhesión; en virtud de lo anterior, la interpretación debe ser lo más objetiva posible, y para ello toma como base un hombre modelo integrante del grupo de consumidores al que va dirigida la oferta²¹⁸. Sin embargo, puede suceder que las cláusulas que constituyen el contrato no sean redactadas para una pluralidad de relaciones jurídicas sino para una relación contractual concreta, en cuyo caso son negociadas y susceptibles de que se presenten circunstancias particulares acontecidas en todo el iter que individualizan el contrato, las cuales también deben ser tenidas en cuenta en el proceso hermenéutico²¹⁹. Por consiguiente, la tarea del intérprete no se limita simplemente a examinar las cláusulas predisuestas sino a considerar la interacción entre ellas, de forma que tome en cuenta el contexto en que están destinadas a actuar o que atienda a la conducta de las partes con posterioridad al contrato y que guarda relación con aquello que se discute.

La regla de la interpretación restrictiva

Este criterio constituye un desarrollo del canon de la totalidad hermenéutica que obedece a reglas de la lógica, permite analizar los contenidos intrínsecos del contrato y prescribe que sus expresiones —aun cuando sean amplias y generales— deben entenderse como referidas a la materia contratada y circunscritas por el interés práctico del contrato. Por tanto, la interpretación restrictiva procede en los eventos en los cuales el intérprete debe analizar de manera crítica las declaraciones de carácter general que figuren en el texto negocial y aclarar su sentido y propósito con apoyo en el contexto y las circunstancias concomitantes a la producción del acto²²⁰.

Si bien, este criterio fue acogido por el código de Bello de una forma bastante reducida, tiene una utilidad y funcionalidad mucho mayores en materia del contrato con el consumidor, en el que se erige en una directriz axiológica que busca asegurar al adherente un marco de equitativa regulación de los derechos y obligaciones de las partes²²¹. Así, cuando una cláusula es presupuesta, se interpreta siempre a favor del consumidor, sin importar que sea ambigua o no²²². En función de esta regla, se deben

²¹⁷ BENÍTEZ, J., *La interpretación en los contratos con cláusulas predisuestas*, cit., 20-22.

²¹⁸ En este sentido, ESTIGARRIBIA, M., “Interpretación de los contratos. Evolución de sus principios”, cit., 65.

²¹⁹ ÁGUILA, J., *Las condiciones generales de contratación*, 1ª ed., Madrid, Civitas, 1991, 297.

²²⁰ FRANCO, D., *Interpretación de los contratos civiles y estatales*, cit., 155.

²²¹ Ariza, A., *Interpretación de los contratos*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005, 276.

²²² PLATA, L. y MONSALVE, V., “La interpretación contractual”, cit., 44.

interpretar restrictivamente todas las cláusulas generales que importen renunciaciones de derechos para el consumidor o limitaciones de responsabilidad o deberes para el profesional predisponente²²³.

De acuerdo con lo anterior, se infiere que interpretaciones por vía expansiva tornan nugatorios los derechos de los contratantes, en sí mismos más vulnerables, en principio no son de recibo, precisamente por lesivas *in genere*, puesto que tratándose de derechos *in potencia* el ensanchamiento de una limitación contractual, por vía de ejemplo, podría terminar ampliando el espectro de una exclusión y, por ende, favoreciéndose la exoneración de responsabilidad *ex contractu* del predisponente o empresario, en contravía del ser y deber ser contractuales²²⁴.

La regla de la prevalencia

Subyace a esta regla el hecho de que el contrato con el consumidor a menudo es celebrado a través de la modalidad de condiciones generales, y que en él las condiciones particulares, que tienen como propósito consignar elementos específicos de la relación singular, se suman a las condiciones generales. En otras, apuntan a la sustitución de una estipulación general negocial, y, como en el caso, traducen una expresión de voluntad que atiende al mecanismo tradicional en la formación del contrato, prevalecen sobre la condición general²²⁵. Al partir de ese enfoque, la regla sería formulada así: cuando exista una discrepancia entre una cláusula general y una particular prevalecerá esta última²²⁶. Para que proceda, se deben cumplir dos presupuestos, de los cuales el primero refiere a la exigencia de que ambas condiciones —la general y la particular— sean intrínsecamente eficaces para que el intérprete pueda aplicar válidamente la regla, y el segundo es que con respecto a una y otra condición exista contradicción o discrepancia en cuanto se refiere a su contenido y alcance. Determinar el sentido contrario de ambos comúnmente supone un juicio de valor y no una mera confrontación mecánica de contenidos, a fin de evitar conclusiones precipitadas en una materia tan delicada como la interpretación²²⁷.

La regla descrita parte de la posibilidad de que aun dentro de un contrato con el consumidor configurado con cláusulas generales se incorporen condiciones particulares que, de alguna manera, contemplen requerimientos del consumidor²²⁸, con lo que se busca evitar la contradicción entre tales cláusulas y, con ello, que la relación negocial sea confusa, imprecisa e incoherente, a fin de que el contrato cumpla su misión como pilar insustituible de la sociedad y del derecho²²⁹.

Lo planteado resulta lógico dado que las cláusulas generales provienen de un proyecto —de un esquema abstracto— mientras que las condiciones particulares son la manifestación concreta y adaptada al caso, de tal manera que si unas y otras son expresión de la voluntad, las particulares lo son

²²³ En este sentido, véase RIVERA, J., “La teoría general del contrato y la interpretación del contrato en el proyecto de código civil argentino”, cit., 191.

²²⁴ JARAMILLO, C., *Principios rectores y reglas de interpretación de los contratos*, cit., 626.

²²⁵ STIGLITZ, R., y STIGLITZ, G., *Contratos por adhesión*, cit., 75

²²⁶ PLATA, L. y MONSALVE, V., “La interpretación contractual”, cit., 44.

²²⁷ JARAMILLO, C., *Principios rectores y reglas de interpretación de los contratos*, cit., 557.

²²⁸ GETE-ALONSO, M., GIL, J. y PUIG, L., *Manual de derecho civil II.*, cit., 606.

²²⁹ JARAMILLO, C., *Principios rectores y reglas de interpretación de los contratos*, cit., 539.

incondicionalmente, mientras que las generales lo son en cuanto no sean ineficaces en relación con aquellas²³⁰. Esto es así porque las condiciones particulares poseen un valor especial, ya que son corolario de la común intención de las partes y, de contera prevalente frente al valor asignado a las generales, que tienen una configuración unilateral y un aspecto global; por ello están llamadas a primar, prevalecer y predominar, con lo que facilitan el camino para que el intérprete, provisto de todos los elementos de juicio, pueda fijar el contenido y establecer el significado de lo querido y pretendido por los contratantes²³¹. En efecto, lo anterior conduce a la aplicación de la regla tradicional que combina la intención – literalidad consagrada en el artículo 1618 del Código Civil, leído en función de su carácter objetivo, de los comportamientos de las partes, del uso y del contexto del contrato.

No obstante, no siempre cuando hay contradicción entre una condición general y una particular la discrepancia debe ser resuelta mediante la prevalencia del contenido plasmado en la cláusula particular, pues es necesario hacer una tarea adicional antes de concluir el ejercicio hermenéutico: verificar si la condición general, más allá de la existencia fáctica y jurídica de la particular, es más beneficiosa que ésta para el adherente o consumidor²³².

De lo planteado se deriva la importancia de exponer seguidamente dos reglas que están conectadas entre sí y que revisten especial valor en el derecho moderno de los contratos: la regla de la condición más importante y la regla de la condición más beneficiosa.

La regla de la condición más importante

Como ya se estableció, la discrepancia o contradicción en la órbita contractual masificada, adhesiva o consumerista habitualmente puede presentarse entre las condiciones generales y las particulares, pero también entra las primeras únicamente, lo que puede complejizar la tarea del intérprete, dado que sin el apoyo que en principio brindan las condiciones particulares, y sobre todo sin el reconocimiento de la atmósfera en que ellas se suelen estructurar —circunstancias de tiempo, modo y lugar—, la dificultad puede subir de tono. Por ello, se ha acudido a la regla de la condición más importante en procura de encontrar una solución hermenéutica satisfactoria que esclarezca la confusión que emerge de dos textos —como mínimo— incardinados en el *corpus* de las condiciones generales, *stricto sensu*, por regla materia de una auscultación más objetiva²³³.

En efecto, esta regla es formulada así: “En caso de divergencia entre las condiciones generales, se debe dar trascendencia a aquella que sea más conforme con la naturaleza del contrato²³⁴, con el tipo, con la causa del contrato celebrado y con el núcleo esencial de las prestaciones contractuales”²³⁵. Por tanto, las condiciones generales que se refieran a elementos esenciales deben tener primacía por sobre las

²³⁰ LÓPEZ, F., *Teoría de los contratos, parte general*, Buenos aires, Zavalia, 1997, 78.

²³¹ JARAMILLO, C., *Principios rectores y reglas de interpretación de los contratos*, cit., 552 - 553.

²³² JARAMILLO, C., *Principios rectores y reglas de interpretación de los contratos*, cit., 561.

²³³ JARAMILLO, C., *Ibid.*

²³⁴ PIZARRO, C., “La interpretación de los contratos en el código civil chileno. Dos problemas particulares: las obligaciones accesorias y las condiciones generales”, en SOTO, C., *Tratado de la interpelación del contrato en América Latina*, t. II, Lima, Grijley, 2007, 1263.

²³⁵ ÁGUILA, J., “La interpretación de las condiciones generales de los contratos”, *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 183-184, 2001, 22

atinentes a elementos de la naturaleza o accidentales²³⁶, lo que significa que prevalecen las cláusulas más importantes del contrato²³⁷.

El fundamento de esta regla en el contrato con el consumidor radica en que las cláusulas que regulan las prestaciones sustanciales son las que dan fisonomía al programa contractual y precisan la función misma del negocio, por lo que son su propia causa en términos objetivos —lo que explica que este criterio sea denominado de forma diciente por un sector de la doctrina como regla de la condición más compatible con la finalidad del negocio²³⁸—. En efecto, el factor determinante de la decisión de contratar para las partes está en la consideración de las prestaciones sustanciales del negocio, de manera que lo más justo es que, en caso de disconformidad entre dos o más cláusulas, deba primarse la más relevante²³⁹.

A su vez, para determinar cuál es la cláusula más importante, se debe echar mano de la técnica de la interpretación sistemática en contexto, junto con otros criterios hermenéuticos —como la interpretación conforme a la naturaleza del negocio—, para lo que se tiene como carta de navegación a la buena fe. Si no se logra determinar cuál es la cláusula más relevante, prima la buena fe, por lo que se acude a la regla del *favor debitoris* con el fin de proteger a la parte débil de la relación contractual asimétrica²⁴⁰. En efecto, la interpretación de las condiciones generales no puede prescindir del resto del contrato del cual forma parte ni de las circunstancias atinentes al mismo²⁴¹.

La regla de la condición más beneficiosa

Es aquella que amplía el ámbito de los derechos del adherente o reduce el de sus obligaciones, cargas y deberes²⁴². Esta regla tiene fundamento en el *favor debilis* y significa que, en caso de discrepancia entre una condición general y una particular, se debe aplicar aquella que resulte más beneficiosa para el consumidor²⁴³. Esta conclusión supone de ordinario un cotejo de parte del intérprete, que puede consistir en idear previamente un cuadro desfavorable o ácido respecto a quien ha adherido para luego acercarse, por vías contrarias, a la que sí le resulte favorable²⁴⁴. Así mismo, para constatar la contradicción de dichas cláusulas, se debe echar mano de la técnica de interpretación sistemática, de forma que se logre determinar cuál de las estipulaciones que integran la relación contractual de consumo es la prevalente o más beneficiosa —según el caso— en el contexto conformado por la totalidad de tales estipulaciones.

²³⁶ PIZARRO, C., “La interpretación de los contratos en el código civil chileno”, cit., 1263

²³⁷ BENÍTEZ, J., *La interpretación en los contratos con cláusulas predisuestas*, cit., 22-24.

²³⁸ JARAMILLO, C., *Principios rectores y reglas de interpretación de los contratos*, cit., 565.

²³⁹ RODRÍGUEZ, J., *La interpretación de los contratos de consumo celebrados por adhesión en el Derecho Civil*, cit., 38-40.

²⁴⁰ RODRÍGUEZ, J., *ibid.*, cit., 38.

²⁴¹ PERTIÑEZ, F. “Los contratos de adhesión y la contratación electrónica”, en RODRÍGUEZ-CANO, B., (dir.), *Tratado de contratos*, t. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, 1615-1616.

²⁴² DÍEZ, L. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, cit., 515.

²⁴³ PLATA, L. y MONSALVE, V., “La interpretación contractual”, cit., 44

²⁴⁴ JARAMILLO, C., *Principios rectores y reglas de interpretación de los contratos*, cit., 579.

La aplicación de esta regla lleva consigo la regla *contra proferentem*, traducida ahora como la condición más beneficiosa para el adherente, en el sentido en que el predisponente fue el que ocasionó la oscuridad derivada de las condiciones generales que se contradicen²⁴⁵.

Resulta importante hacer referencia a que en el análisis de la regla de la prevalencia de las condiciones particulares frente a las generales la legislación foránea²⁴⁶ avala la prevalencia en mención. Esta conclusión está lejos de consultar la justicia contractual que concierne e interesa sin distinción a las partes —como debería interesarle al ordenamiento—, más allá de que, con razón, puede hacer mayor énfasis de cara al más vulnerable. En esta perspectiva, la regla *pro consumatore* debe erigirse en una de las guías que el intérprete debe tomar en consideración, aun cuando no es la única, especialmente si es aplicada de manera mecánica, automática e irreflexiva, sin auscultar otras pautas ni tener en cuenta consideraciones adicionales. Al mismo tiempo, no se debe olvidar que esta regla hace parte del tejido hermenéutico colombiano —sin ser autosuficiente, ni insular, ni absolutamente soberano—, de manera que el artículo 34 del nuevo Estatuto del Consumidor rige en comunidad hermenéutica y en auténtica y fraterna hermandad funcional, de lo que se colige que no puede servir de plataforma para desconocer de raíz pactos legítimos establecidos válidamente entre las partes de la relación contractual de consumo²⁴⁷.

Constitucionalización de la interpretación del contrato con el consumidor

En materia del consumidor, la constitucionalización del derecho privado —en general— es evidente; esto tiene un reflejo indudable en la interpretación del contrato, dado que el consumidor es uno de los elementos que se ha reconocido típicamente como vulnerable. Este enfoque responde a la idea de la función ética, que consiste en que el contrato es un instrumento para la realización del bien común y sus disposiciones deben respetar los derechos fundamentales, los cuales tienen una influencia en el programa contractual —directa o indirectamente, de acuerdo con el ordenamiento jurídico—. De esta forma, la autonomía privada se erige en una forma de ejercicio de derechos fundamentales, al tiempo que puede entrar en conflicto con otros derechos fundamentales de los contratantes. Así, el contrato como instrumento para la satisfacción de las necesidades debe conciliar la utilidad con la justicia y el provecho con el intercambio equilibrado, por lo que no puede contradecir las pautas que fija la Constitución, de forma que cualquier interpretación del contrato debe respetar el orden normativo que la Constitución impone²⁴⁸.

Esta visión ha permeado al contrato con el consumidor, pues aunque la asimetría estructural que comporta hace que el contratante fuerte, en ejercicio de su autonomía privada y dada su posición, introduzca cláusulas que conlleven la vulneración de un derecho fundamental a su contraparte, la constitucionalización del contrato indica que se debe descartar la eficacia de tales cláusulas²⁴⁹. En otros

²⁴⁵ DÍAZ, S., *Reglas de interpretación, en comentarios a la ley de condiciones generales de la contratación*, Pamplona, Aranzadi, 2000, 208

²⁴⁶ Artículo 6.1 de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación: “...salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares...”.

²⁴⁷ Véase a JARAMILLO, C., *Principios rectores y reglas de interpretación de los contratos*, cit., 575-591.

²⁴⁸ BORDA, A., *Derecho civil contratos*, cit., 6-7.

²⁴⁹ Sentencia de la Corte Constitucional T-307 de 1997, que se refiere a una compañía de medicina prepagada que se había negado a prestar el servicio de hospitalización a una afiliada dado que la enfermedad debía ocurrir en un periodo de tiempo

casos se le impone a la parte fuerte la obligación de contratar²⁵⁰, e incluso se ha presentado que el juez constitucional haya ordenado la rescritura del contrato²⁵¹.

Esto indica que en el plano de la interpretación del contrato con el consumidor la irradiación de los derechos fundamentales termina en ocasiones por asignar de forma expresa o velada un significado que sea coherente con la garantía de los derechos fundamentales de los contratantes e intensifica las reglas de interpretación que se acaban de exponer. Con esto se tiene una interpretación correctiva-evolutiva que atiende a los intereses constitucionales y bajo la cual se admite la intervención del juez constitucional en relaciones privadas que afecten derechos fundamentales²⁵².

Así pues, para la interpretación de los contratos con el consumidor existen reglas distintas a las tradicionales y que son necesarias para la adecuada protección de la parte más débil en la relación contractual²⁵³. Sin embargo, en este escrito se ha planteado que las reglas de interpretación tradicionales son perfectamente adaptables a las dinámicas del contrato con el consumidor. Para sostener lo anterior, es necesario analizar la forma en que los criterios de interpretación tradicionales entran en relación con las nuevas reglas de interpretación que se acaban de exponer.

V. Conclusiones

Las transformaciones ocurridas en el contrato regulado en el Código Civil han generado una modificación a las reglas de interpretación tradicionales, que han sido recogidas por las modernas legislaciones a fin de lograr la protección de la parte más débil en la relación contractual. Sin embargo, el núcleo de las reglas contemporáneas de interpretación de los contratos con el consumidor conserva la base filosófica que soporta los criterios consagrados por el Código de Bello, solo que las ha individualizado y detallado para hacerlas más efectivas.

En tal medida, las reglas tradicionales del Código Civil se integran en las modernas reglas de interpretación, de forma que ocupan un lugar de preferencia en la aplicación de los contratos con el consumidor, en los que es palpable la necesidad imperiosa de proteger a la parte débil. Por lo tanto, dichas reglas son adaptables a la contratación de consumo en tanto que todo lo que beneficie al

luego de perfeccionado el contrato. En tutela fue al Concejo de Estado, quien la negó por considerar que la cláusula fue consentida. La Corte Constitucional revocó esta decisión alegando vulneración del derecho a la salud en conexión con el derecho a la vida. En esta oportunidad la Corte sostuvo que la celebración, ejecución e interpretación de los contratos está gobernada por la buena fe.

²⁵⁰ Sentencia de la Corte Constitucional T-1165 de 2001, que trata de una pareja homosexual que solicitó un seguro de vida exigido por una entidad bancaria para dar trámite a un crédito de vivienda, que fue negado por la compañía de seguros debido a que la pareja era portadora del VIH, de forma que se configuró un comportamiento discriminatorio. En dicha sentencia, la Corte ordenó a la entidad suscribir el contrato en condiciones de igualdad, con fundamento en el derecho a la vivienda como condición material de existencia, de conformidad con la dignidad humana.

²⁵¹ Sentencias de la Corte Constitucional T-490 de 2001 —reinterpretación de una cláusula de exclusión de riesgo en un contrato de seguro—, T-520 de 2003 —caso de un deudor secuestrado que fue ejecutado por una entidad financiera ante el incumplimiento de un contrato de mutuo hipotecario—, T-170 de 2005 —caso de un enfermo de Sida ejecutado por el incumplimiento de un mutuo hipotecario— y T-697 de 2011 —caso de desplazado por la violencia—.

²⁵² RODRÍGUEZ, J., “La arquitectura de la hermenéutica contractual”, cit., 312-315.

²⁵³ RODRÍGUEZ, J. “La interpretación de los contratos con el consumidor, cit., 187.

consumidor es anhelado y connatural en la relación de consumo, en especial cuando tales reglas tienen como centro la protección del contratante débil²⁵⁴.

Aunque la lógica del contrato con el consumidor implica que una de las partes es considerada débil, y a su vez exige que el operador jurídico ejerza un rol distinto al que tiene cuando estudia al contrato clásico, ello no implica la exclusión de los criterios de interpretación tradicionales sino que debe acudir a ellos, de forma que resulten preponderantes aquellos que privilegian a la parte débil²⁵⁵ de la relación contractual de consumo.

Por ello, los criterios contemporáneos para interpretar los contratos con el consumidor no desplazan a las reglas tradicionales consagradas en el Código Civil sino que, de acuerdo con lo planteado en este escrito, y en función del principio de buena fe, en aquellos contratos, los criterios de Bello se relacionan coherentemente y encuentran su verdadera envergadura en aquellos contratos. En este sentido, las normas modernas y la arquitectura hermenéutica tradicional forman un sistema articulado y conectado funcionalmente con el que se logra mantener el sinalagma, la justicia y el equilibrio contractual, a la vez que complementan las reglas modernas y se constituyen en la plataforma en virtud de la cual se deben aplicar las reglas de interpretación de los contratos con el consumidor, lo que resulta armonioso y coherente con nuestro sistema jurídico²⁵⁶.

La relación entre tales criterios se puede articular así: si se confiere a la regla 1618 del Código Civil²⁵⁷ su verdadero alcance y su sentido objetivo en conexión con las demás reglas de interpretación de la arquitectura hermenéutica tradicional y la buena fe, resulta aplicable a las nuevas dinámicas del consumidor. La regla de la interpretación sistemática recogida por Bello es perfectamente aplicable en su integridad a los contratos con el consumidor porque esta técnica permite establecer si una cláusula es ambigua o privilegia al consumidor, o si el contrato es celebrado bajo la modalidad de condiciones generales, además de que sirve para determinar cuándo una cláusula es negociada y cuándo es general, y cuál es prevalente en relación con la otra. A su vez, y para el caso especial de los contratos con el consumidor, la interpretación sistemática a la que se hizo referencia se debe leer en contexto, tanto con las reglas de prevalencia en la interpretación del contrato como con el criterio de la condición más beneficiosa para la parte débil de la relación. El intérprete debe tener en cuenta los lineamientos tradicionales, combinarlos, y conjugarlos con otros para determinar la naturaleza del contrato, de forma que lo tome en su conjunto, atienda a las circunstancias que rodearon su celebración y establezca el núcleo esencial de su obligación, a la vez que tome como meta lo que más favorezca al consumidor, valore las circunstancias del caso y atienda a la naturaleza y finalidad del mismo, mediante los criterios establecidos por el codificador.

²⁵⁴ Ello es así porque, como ya se había señalado, el codificador tenía clara la asimetría de poderes entre los contratantes; de allí que haya consagrado normas en materia de interpretación de contratos a favor del deudor y en contra del predisponente, tal como lo contemplan los artículos 1624 y 1684 del Código Civil colombiano.

²⁵⁵ Artículos 1624 y 1684 del Código Civil colombiano.

²⁵⁶ NEME, M. “La buena fe como el eje del proceso de integración e interpretación del contrato”, cit., 275-276.

²⁵⁷ Aun cuando la doctrina y la jurisprudencia hayan dado por sentado que en los contratos con el consumidor no se aplican los criterios ‘subjetivos’ de interpretación del Código Civil sino que ahora debe prevalecer una ‘interpretación objetiva’, con lo que asumen —de manera errada, según aquí se ha considerado— que las normas del Código Civil exigen la remisión a la búsqueda de una voluntad, intención íntima o mística. Como ya se señaló, lo anterior constituye una interpretación equivocada de la arquitectura de la interpretación contractual contenida en el Código Civil. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 4 de noviembre de 2009, rad. 1998- 4175.

La regla de la conservación contemplada por Bello también se mantiene intacta en las reglas de los contratos con el consumidor, pues se orienta en favor del consumidor en tanto que se constituye en un canon hermenéutico que involucra la esencia misma del ordenamiento jurídico tradicional consagrada en el *favor debitoris* —entendida como la protección a la parte débil—, con lo que dota de garantías a la arquitectura de la relación de consumo —de ordinario asimétrica— a través del respeto de los intereses del consumidor adherente y permite interpretar tales contratos con objetividad. A fin de cuentas, las reglas diseñadas para los contratos con el consumidor no han cambiado sustancialmente y son coherentes con las reguladas por el Código Civil.

Los criterios expuestos, concebidos en su integridad —y no de manera aislada— y leídos en función de la buena fe, hacen que el tejido interpretativo se ajuste, articule e integre perfectamente a la dinámica de los consumidores. En este sentido, la buena fe sirve para que la actividad hermenéutica sea dinámica y actualizable a las nuevas transformaciones sustanciales del contrato. En virtud de ello, el intérprete usa los criterios y técnicas contenidas en las reglas de la hermenéutica tradicional y el principio de buena fe, aunque no solo atiende a dichas reglas sino también a las exigencias de lealtad, coerción, diligencia, cooperación, solidaridad con la realización de los intereses del otro y respeto a la confianza legítima, con el fin de realizar una interpretación justa y ajustada a las nuevas dinámicas de los contratos con el consumidor.

Lo anterior es posible porque el pensamiento innovador de Bello imprimió una base axiológica y ética a los criterios de interpretación, y porque su visión permite afrontar cualquier discusión que se presente en los contratos con el consumidor desde los parámetros de la buena fe y mediante el uso de su función interpretativa, integradora y correctora, con lo que se ubica a la persona como centro del discurso y se privilegia su dignidad.

Referencias

ABELIUK, R., *Las obligaciones*, t. I, Colombia y Chile, Temis, Editorial Jurídica de Chile, 2008.

ÁGUILA, J., *Las condiciones generales de contratación*, 1ª ed., Madrid, Civitas, 1991.

ÁGUILA, J., “La interpretación de las condiciones generales de los contratos”, *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 183-184, 2001.

ALESSANDRI, A., *De los contratos*, 2ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2009.

ÁLVAREZ, J., “El contrato: del individualismo liberal a la masificación de las relaciones económicas”, *Revista Justicia Juris*, Universidad Autónoma del Caribe, vol. 9, n.º 1., enero-junio, 2013.

ALTERINI, A., LÓPEZ, R., Y STIGLITZ, G., *La protección del consumidor en el marco del proyecto de ley*, Buenos Aires, La Ley, 1989, 1014.

ALTERINI, A., *Contratos civiles, comerciales, de consumo. Teoría General*, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.

ARIZA, A., *Interpretación de los contratos*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

BENÍTEZ, J., *La interpretación en los contratos con cláusulas predispuestas*, 1ª ed., Bogotá, Temis, 2002.

BETTI, E., “Interpretación de la ley y de los actos jurídicos”, *Revista de derecho privado*, 1975, 9-31.

BORDA, A., *Manual de derecho civil: contratos*, 1.ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2016.

- BORDA, A., *Derecho civil contratos*, 1.^a ed., Buenos Aires: La Ley, 2016.
- CABELLA, L., “I paradossi della traduzione giuridica: la buona fede e il diritto europeo dei contratti”, en GONZÁLEZ, E., CORTÉS, E., Y NAVIA, F., (eds.), *Estudios de derecho civil en memoria de Fernando Hinestroza*, tomo I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- CÁCERES, P., “Las vicisitudes del contrato en la actual globalización”, en BONIVENTO, J y LAFONT, P., (dirs.), *Negociación internacional*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2011.
- CAMACHO, M. “Modelos legislativos en materia de consumo en derecho comparado”, en VALDERRAMA, C. (dir.), *Perspectivas del derecho del del consumo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.
- CARRASCO, A., *Derecho de contratos*, Castilla la Mancha, Dúo-Aranzadi y Thomson Reuters, 2017, 401-415.
- CASELLA, M., “Voz Negozio giurídico interpretazione del”, en *Enciclopedia del Diritto*, vol. 28, Giuffrè, Milano, 1978.
- CASTRO, M., *Modernización de las obligaciones y los contratos: seis estudios*, Bogotá, Temis y Universidad de los Andes, 2015.
- CLARO, L. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado, de las obligaciones*, vol. 6, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1979.
- CRISCUOLI, G., *Il Contrato. Itinerari normativi e riscontri giurisprudenziali*, Cedam, Padova, 1996.
- DÍAZ, S., *Reglas de interpretación, en comentarios a la ley de condiciones generales de la contratación*, Pamplona, Aranzadi, 2000.
- DÍAZ, I., “Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad en el derecho moderno de los contratos”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 23, 2012.
- DÍEZ, L. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, introducción, teoría del contrato, t. I, 5^a ed., Madrid, Civitas 1996, 243
- DUQUE, A., “Una revisión del concepto clásico de contrato”, *Revista de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales*, vol. 38, n.º 108, 2008.
- DURÁN, R., “Régimen Financiero y Leasing Internacional”, en: BONIVENTO, J y LAFONT, P., (dirs.), *Negociación internacional*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2011.
- DURAND, J., “El derecho del consumidor y sus efectos en el derecho civil, frente a la contratación de consumo en el mercado”, *Vox Juris*, Universidad de San Martín de Porres, vol. 24, n.º 2, 2012.
- ESTIGARRIBIA, M., “La buena fe. implicaciones actuales en las relaciones negociales”, en OVIEDO, J. *Derecho privado y globalización, contratos*, t. III. Bogotá, Ibáñez, 2008.
- ESTIGARRIBIA, M., “Interpretación de los contratos. Evolución de sus principios”, en *Anuario de Derecho Civil. Homenaje a Guillermo Antonio Borda*, Buenos Aires, 2019.
- FARINA, J., *Contratos comerciales modernos*, Buenos Aires, Astrea, 1997.
- FRANCO, D., *Interpretación de los contratos civiles y estatales*, 1^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.
- GAUDEMET, E., *Las fuentes de las obligaciones*, Bogotá, Leyer, 2007.

- GARIBOTTO, J., *Teoría general del acto jurídico*, Buenos Aires, Depalma, 1991.
- GETE-ALONSO, M. “La formación del contrato”, en GETE-ALONSO, M., GIL, J. y PUIG, L., *Manual de derecho civil II. Derecho de obligaciones, responsabilidad civil y teoría general del contrato*, 3ª ed., Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2000.
- GRANADOS, J., “Las declaraciones publicitarias y la integración de las obligaciones que de ellas emanan al contenido del contrato con el consumidor son una aplicación del principio de buena fe que resulta exigible a la totalidad de las relaciones contractuales”, *Revista E-mercatoria*, vol., 12, n.º 1, Universidad Externado de Colombia, enero-junio, 2013.
- GRASSETTI, C. *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, CEDAM, 1983.
- HERRERA, F., “El contrato de consumo: notas características”, *Principia Iuris*, Universidad Santo Tomás, n.º 17, 2014.
- HINESTROZA, F., “El deber de sinceridad del tomador del seguro en su declaración del estado del riesgo” *Revista Ibero latinoamericana de seguro*, n.º 27, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2007.
- HINESTROZA, F., “Estado de necesidad y estado de peligro, ¿vicio de debilidad?”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 8, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- ISLER, E., “Del *favor debilis* al *favor consumatore* consideraciones históricas”, *Derecho PUCP*, n.º 82, Santiago de Chile, 2019.
- ITURRASPE, J., *Contratos*. Buenos Aires, Ediar, 1998.
- ITURRASPE, J. y LORENZETTI, R., *Defensa del consumidor*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003.
- JARAMILLO, C., “Importancia de la interpretación contractual y esbozo de los sistemas tradicionales de interpretación de los contratos”, en MANTILLA, F., y TERNERA, F. (dir.), *Los contratos en el derecho privado*, 1ª ed., Bogotá, Legis, 2007.
- JARAMILLO, C., *Principios y reglas de interpretación de los contratos*, 1ª ed., Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, 2016.
- KEMELMAJER, A., “Reflexiones sobre la interpretación de los contratos”, en OVIEDO, J. (coord.), *Contratos, teoría general, principios y tendencias*.
- KRIEGER, W., “Contratos de consumo”, en BORDA, A., *Derecho civil contratos*, 1ª ed., Buenos Aires: La Ley, 2016.
- LÓPEZ, F., *Teoría de los contratos, parte general*, Buenos aires, Zavalia, 1997.
- LORENZETTI, R. “La interpretación de los contratos”, en: STIGLITZ, R., *Contratos en el nuevo código civil y comercial de la Nación*, t. I, 1ª ed., Buenos aires, Thomson Reuters, La ley, 2015.
- LLAMAS, E., “Comentario. Las condiciones generales de contratación”, en *Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, Madrid, La Ley, 2005.
- MASSIMO, B., *Diritto Civile*, 3 II, contratto, Giuffrè, Milano, 1987.
- MARÍN, C., “BETTI, E., Teoría general de las obligaciones”, *Revista de Derecho Privado*. Madrid, 1969.

- MARTÍNEZ, J y ORTEGA, J., “Información y publicidad comercial: ¿Entre dos orillas diferentes?” en ORTEGA, J., MARTÍNEZ, J., y OSORIO, G., (coords.), *Derecho del consumo. Tras un lustro estatuto del consumidor en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes y Temis, 2018.
- MESISINEO, F. *Doctrina general del contrato.*, t. II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1952.
- MONSALVE, V., *Responsabilidad precontractual. La ruptura injustificada de las negociaciones*, Bogotá, Ibáñez, 2014.
- NAMÉN, J., BONILLA, J., PABÓN, C. Y URIBE, I. “La obligación de información en las diferentes fases de la relación de consumo”, *Revista E-Mercatoria*, vol. 8, n.º1, 2009.
- NEME, M. “El principio de la buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano”, *Revista de Derecho Privado*, n.º. 11, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- NEME, M. “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 17, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- NEME, M. “La buena fe como el eje del proceso de integración e interpretación del contrato en el Código Civil de Bello: consonancia con la función social del contrato y con la tutela de los derechos fundamentales”, en NAVIA, F. y CHINCHILLA, C., (eds.), *La vigencia del código civil de Andrés Bello, análisis y prospectivas en la sociedad contemporánea*, 1.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.
- NICOLAU, N., *Fundamentos de derecho contractual*, vol. I, 1ª ed., Buenos aires, La Ley, 2009.
- ORDOQUI, G., “El derecho del consumidor y la contratación contemporánea”, en ALTERINI, A. MOZOS, L y SOTO, C., *Contratación contemporánea. Contratos modernos, derecho del consumidor*, t. II, 1ª ed., Perú y Bogotá: Ed. Palestra y Temis, 2000.
- ORDOQUI, G. *Buena fe en los contratos*, Biblioteca Latinoamericana de Derecho, Temis, Ubijus, Reus y Zavalia, Bogotá, México D.F., Madrid, Buenos Aires, 2011.
- OSSA, D., “Definición, delimitación y análisis del ámbito de aplicación del nuevo estatuto del consumidor (Ley 1480 de 2011)”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 43, n.º. 118.
- OSORIO, G., “Propuesta para la reparación del daño a la confianza social: Aproximación desde un análisis casuístico en el derecho de consumo en Colombia”, en ORTEGA, J., MARTÍNEZ, J., y OSORIO, G., (coords.), *Derecho del consumo. Tras un lustro estatuto del consumidor en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes y Temis, 2018, 71.
- PAUCAR, J. “La interpretación del contrato”, en CASTRO, M. (coord.), *Derecho de las obligaciones, con propuestas de modernización*, t. II, 2ª ed., Bogotá, Universidad de los Andes y Temis, 2016.
- PERTIÑEZ, F. “Los contratos de adhesión y la contratación electrónica”, en RODRÍGUEZ-CANO, B., (dir.), *Tratado de contratos*, t. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- PICAZO, L. y GUILLÓN, A., *Instituciones de derecho civil*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1995.
- PIZARRO, C., “La interpretación de los contratos en el código civil chileno. Dos problemas particulares: las obligaciones accesorias y las condiciones generales”, en SOTO, C., *Tratado de la interpelación del contrato en América Latina*, t. II, Lima, Grijley, 2007.

- PLATA, L. y MONSALVE, V., “La interpretación contractual: estudio desde la jurisprudencia colombiana y la entrada en vigencia del nuevo estatuto de protección a los consumidores (NEC) ley 1480 de 2011”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Universidad de la Costa, vol. 44, n.º 120, 2014.
- RENGIFO, E. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- RICO, H., “Los contratos de consumo en Colombia”, *DIXI*, vol. 29, 2019.
- RIVERA, J., “La teoría general del contrato y la interpretación del contrato en el proyecto de código civil argentino”, en: SOTO, C., (dir.), *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*, t. I, Lima; Grijley, Universidad Externado de Colombia y Rubinzal-Culzoni Editores, 2007.
- RODRÍGUEZ, J., “La interpretación de los contratos de consumo celebrados por adhesión en el derecho civil uruguayo”, *Revista para el análisis del derecho InDret*, Universidad de la República, 2013.
- RODRÍGUEZ, J. “La interpretación de los contratos con el consumidor: elementos para la contextualización de la problemática (primera parte)”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, nº 24, 2013.
- RODRÍGUEZ, J., “La arquitectura de la hermenéutica contractual en el código civil de Andrés Bello: vigencia y transformaciones”, en NAVIA, F. y CHINCHILLA, C., (eds.), *La vigencia del código civil de Andrés Bello, análisis y prospectivas en la sociedad contemporánea*, 1.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.
- ROPPO, V., *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2001.
- ROPPO, V., *El contrato del dos mil. Ensayos de la Revista de Derecho Privado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- ROPPO, V., “El contrato”, *Gaceta Jurídica*, Lima, 2006.
- ROPPO, V., “Derecho y economía conductual, regulación del mercado y el sistema de contratos”, *Advocatus*, Universidad de Lima, vol. 31, 2013.
- RUBIO, F. “Notas histórico-dogmáticas de la interpretación de los contratos en el código civil chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 45, nº 2, 2018.
- SALAZAR, en “Asimetrías de información y análisis económico de los contratos de adhesión: una reflexión teórica sobre el ejercicio de la libertad contractual”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes, n.º 37, 2006.
- SALGADO, C., “Consideraciones sobre el deber precontractual de información y su particularidad en la relación de consumo”, en VALDERRAMA, C., (dir.), *Perspectivas del derecho del consumo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.
- SÁNCHEZ, J., “Contratos de contenido predispuesto: la adhesión y las condiciones generales de contratación”, en CASTRO, M. (coord.), *Derecho de las obligaciones, con propuestas de modernización*, t. II, 2ª ed., Bogotá, Universidad de los Andes y Temis, 2016.
- SAN MARTÍN, L., (ed.), *La buena fe en la jurisprudencia. Comentarios y análisis de sentencias*, Thomson Reuters, Universidad Alberto Hurtado, 2015.
- SANTARELLI, F., *Contrato y mercado*, Buenos Aires, Universidad Austral, 2018, 120-121.
- SHAFER, H. y OTT, C. *Manual de análisis económico del derecho civil*, 1ª ed., Madrid, Tecnos, 1991.

- SOLARTE, A., “La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta”, en OVIEDO, J. (coord.), *Contratos, teoría general, principios y tendencias*, 2ª edición, Bogotá, Ibáñez, 2011.
- STIGLITZ, R., “Contrato de consumo y cláusulas abusivas”, *Con-Texto*, Universidad Externado de Colombia, 1999, 6-8.
- STIGLITZ, R., y STIGLITZ, G., *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, Buenos Aires, La Ley, 2012.
- TAPIA, M., *Contrato por adhesión, Ley n.º 19.496*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2002, 28.
- TORRES, I. y SALAZAR, C., *De las obligaciones y los contratos civiles*, 1ª ed., Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones CEP, 2015.
- VALLESPINOS, C., “El derecho de las obligaciones y la protección jurídica del consumidor. Introducción al derecho del consumo. Lineamientos centrales de las leyes 24.240 y 26.361”, en: OVIEDO, J., (coord.), *Obligaciones y contratos en el derecho contemporáneo*, 1ª ed., Bogotá, Universidad de la Sabana y Biblioteca Jurídica Diké, 2010.
- VÁZQUEZ, R., “Publicidad, buena fe y protección al consumidor”, en STIGLITZ, G., (dir.), *Derecho del consumidor, doctrina - jurisprudencia - legislación*, t. 1, Juris, Santa Fe, 1991.
- VEGA, Y., “El derecho del consumidor y la contratación contemporánea”, en ALTERINI, A., MOZOS, L y SOTO, C., *Contratación contemporánea. Contratos modernos, derecho del consumidor*, t. II, 1ª ed., Perú y Bogotá, Palestra y Temis, 2000, 528.
- VIDAL, A., “Contratación y consumo el contrato de consumo en la Ley n.º 19.496 sobre protección a los derechos de los consumidores”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 21, 2000.

Normatividad

Código Civil colombiano.

Comunidad Económica Europea, Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Ley de Condiciones Generales Preestipuladas.

Consejo de Estado, Sección Tercera, , junio 21 de 2018, Sentencia 13001233100020030168101 (40353).

Corte Constitucional, Sentencia T-307 de 1997.

Corte Constitucional, Sentencia T-1165 de 2001.

Corte Constitucional, Sentencia T-490 de 2001.

Corte Constitucional, Sentencia T-520 de 2003.

Corte Constitucional, Sentencia T-170 de 2005.

Corte Constitucional, Sentencia T-439, 7 de julio de 2009.

Corte Constitucional, Sentencia T-697 de 2011.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia de casación civil del 14 de agosto de 2000, expediente 5577.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 4 de noviembre de 2001 Exp. 11001310302441998417501.

Corte Suprema de Justicia, 3 de mayo de 2005, Ref. 50001310300119990442101.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 4 de noviembre de 2009, rad. 1998- 4175.

Ley 1158 de 2011. Revisar si es correcta.

Ley 1480 de 2011

Ley española de Condiciones Generales de la Contratación.

Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto SIC 06046227 de 2006.