



El concepto de Contrato

Particularmente en los contratos
de adhesión y de consumo

Alejandro Duque Pérez



EL CONCEPTO DE CONTRATO

*Particularmente en los contratos
de adhesión y del consumo.*

I.S.B.N 978-958-5134-36-2

I.S.B.N Digital 978-958-5134-37-9

© EL CONCEPTO DE CONTRATO - 2021

© ALEJANDRO DUQUE PÉREZ - 2021

© EDITORIAL DIKÉ S.A.S. - 2021

EDITORIAL DIKÉ S.A.S.

Cel.: 301 242 7399 / e-mail: dikesascomercial@gmail.com
Medellín - Colombia

BOGOTÁ D.C. LIBRERÍA

Calle 23 Sur # 27-41 Barrio Santander
Teléfono: 704 6822 - Cel.: 301 242 7399
e-mail: dikesasgerencia@gmail.com

SAN JOSÉ DE COSTA RICA

Teléfono: 83 02 10 54 - Telefax: 22 14 25 23
e-mail: jadguzman@yahoo.com
editorialdike@hotmail.com

CARACAS-VENEZUELA

Av. Urdaneta, esq. Ibarra, edf. Pasaje la Seguridad, P.B. Local 19,
Caracas 1010 / info@paredes.com.ve / Tels.: 58 (212) 564-15-05 /
563-55-90/06-04 RIF: J-30797099-5.

PANAMÁ

Calle Parita, Bulevar Ancón, Casa 503, Corregimiento de Ancón,
Ciudad de Panamá. Tel.: 50767814196 / borisbarrios@lawyer.com

DISEÑO Y MONTAJE

Carlos Alberto Calderón
alfacomunications@gmail.com

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

ALEJANDRO DUQUE PÉREZ

Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín.

Especialista en Derecho Financiero y de los Negocios (U.P.B.).

*Magíster en Derecho de Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías
(Universidad Internacional de La Rioja-España).*

Expresidente del Colegio de Abogados de Medellín.

Socio director y fundador de la firma DPE Legal / Duque-Pérez & Echavarría.

EL CONCEPTO DE CONTRATO

*Particularmente en los contratos
de adhesión y del consumo.*



Catalogación en la publicación – Biblioteca Nacional de Colombia

Duque Pérez, Alejandro

El concepto de contrato : particularmente en los contratos de adhesión y del consumo / Alejandro Duque Pérez. -- Medellín : Editorial Diké : Universidad Santiago de Cali, 2021.

176 p.

Incluye datos del autor -- Contiene bibliografía.

ISBN 978-958-5134-36-2 -- 978-958-5134-37-9 (digital)

1. Contratos 2. Contratos - Aspectos jurídicos 3. Contratos comerciales I. Título

CDD: 346.022 ed. 23

CO-BoBN- a1060667

EDITORIAL DIKÉ S.A.S.

PRESIDENTE HONORARIO DEL COMITÉ EDITORIAL

Eduardo Quiceno Álvarez

DIRECTOR EDITORIAL

Sebastián Quintero Ocampo

*A mi madre, Margarita Pérez Rico,
mujer excepcional e inigualable,
a quien todo le debo y por quien todo soy.*

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	11
-------------------	----

CAPÍTULO I

LAS TRANSFORMACIONES SOCIALES Y EL CONCEPTO DE CONTRATO

1.1. Consideraciones Generales	19
1.2. El proceso Económico-social de la sociedad de Consumo.....	21
1.3. La globalización de la sociedad de consumo	25
1.4. Evolución social, jurídica y económica del concepto de contrato ..	29
1.4.1. El concepto clásico de contrato: contrato de negociación individual o paritario	29
1.4.2. Contrato de adhesión, con cláusulas predispuestas o de simple decisión: la base del contrato de consumo	52

CAPÍTULO II

EL CONTRATO Y LAS FUENTES DEL DERECHO

2.1. Aproximación a la Teoría General de las Fuentes del Derecho.....	89
2.2. Punto de partida. Normas sobre producción de normas	94
2.3. Clasificación de normas jurídicas por su origen. Aproximación a las fuentes del derecho	95
2.4. El contrato es una fuente formal del derecho. Demostración	99
2.4.1. Qué es una norma jurídica?	100
2.4.2. A través del contrato se crean normas jurídicas?	102
2.5. El contrato como hecho y como norma.....	108
2.6. Conclusión.....	110

CAPÍTULO III

EL CONTRATO COMO DERECHO OBJETIVO Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

3.1.	El fenómeno de la constitucionalización.....	113
3.2.	El constitucionalismo de Derecho Privado.....	117
3.3.	Implicaciones de la constitucionalización del Derecho Privado en la Teoría General del Contrato.....	120
3.4.	El principio constitucional de la igualdad proyectado como expectativa de los derechos del consumidor.....	130

CAPÍTULO IV

EL CONCEPTO DE CONTRATO DE CONSUMO Y SU ALCANCE

4.1.	Contrato con asimetría de poderes contractuales. Un nuevo paradigma.....	133
4.2.	El concepto de contrato de consumo.....	142
4.3.	La finalidad del contrato de consumo.....	144
4.4.	La etapa precontractual en el contrato de consumo	149
4.4.1.	La publicidad comercial en el contrato de consumo. Oferta vinculante?.....	150
4.4.2.	Clasificación de los mensajes publicitarios.....	152
4.4.3.	Responsabilidad Publicitaria	153
4.5.	El perfeccionamiento del contrato de consumo	155
4.5.1.	El perfeccionamiento desde la teoría del derecho.....	155
4.5.2.	El Perfeccionamiento del contrato de consumo <i>vs</i> el perfeccionamiento del contrato clásico	161
CONCLUSIONES		167
BIBLIOGRAFÍA BÁSICA CITADA Y REFERENCIADA		169

INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende construir un concepto de contrato a partir de los contratos de adhesión y del consumo y no una teoría general del contrato. Es por ello que el mismo gira en torno a los elementos que nos permitan determinar este nuevo concepto de contrato y el alcance que tiene adoptarlo en algunos temas fundamentales de la relación de consumo y los contratos de adhesión.

El contrato ha sido el instrumento jurídico a través del cual los particulares ejercen precisas facultades normativas en virtud de las cuales crean normas particulares y concretas con miras a regular una situación jurídico-económica particular. Sin embargo, el concepto de contrato ha sido dinámico y ha carecido del engranaje necesario con la teoría del derecho a efectos de determinar su medida y alcance.

Con el contrato se produce pues una creación o modificación en la esfera del Derecho Objetivo. Desde esta óptica puede considerarse el contrato como fuente formal del derecho, fuente obviamente de normas particulares y concretas. Así las cosas, las normas que disciplinan el contrato en general pueden ser entendidas como normas sobre producción de normas.

Las normas del Derecho Positivo que incorporan el concepto de contrato y lo disciplinan, son normas que establecen las condiciones que realizadas producen como resultado una norma o varias normas jurídicas particulares y concretas. Es entonces el concepto de contrato un supuesto

normativo que realizado produce efectos jurídicos como quiera que nace a la vida jurídica una norma jurídica particular y concreta. Entonces la realización del supuesto normativo es condición necesaria para que nazca tal norma jurídica.

Ahora bien, en el derecho Colombiano el supuesto normativo comprendido en el concepto de contrato establece que “el acuerdo de voluntades”, esto es, la coincidencia de voluntades, tiene la fuerza suficiente para crear normas jurídicas vinculantes entre las partes, normas jurídicas con fuerza de ley. Basta entonces la manifestación de la voluntad expresada con los requisitos de ley para crear normas jurídicas con estas características.

Este concepto de contrato que podíamos llamar “clásico” es necesario entenderlo en el contexto histórico en el cual se edifica y a la luz del cuerpo normativo en el cual se consagra, cuerpo normativo de corte eminentemente liberal.

Es por ello que el concepto de contrato consagrado en nuestro código civil, e inclusive en el estatuto mercantil, con importantes diferencias que no es el momento advertir, reconoce fuerza normativa, capaz de producir normas jurídicas, a la coincidencia de voluntades de sujetos que pertenecen a una misma clase (como es la clase burguesa) y que poseen el mismo status económico, razón por la cual, a través del contrato, se les reconoce igual status jurídico. Se trata del reconocimiento de una verdadera voluntad negocial, capaz de manifestar su voluntad libre, ajena a situaciones externas que determinen o restrinjan el campo de acción pleno del ejercicio de esa voluntad.

Se consideró el contrato como una ley privada que, en cuanto creada por las voluntades de las partes, vinculaba y sometía a quienes participaban de él con la misma fuerza con que todos los ciudadanos quedan sometidos a la ley creada por la voluntad general. Se trata de una voluntad creadora de reglas de derecho. Es una concepción voluntarista del contrato que reposa en dos fundamentos: la igualdad y la libertad.

Inquieta que sea la definición de contrato que nos rige actualmente una definición propia de los códigos decimonónicos, códigos contentivos de normas que materializaron los hechos y valores de aquella época, y que coinciden en muy poco con la actual. Si el liberalismo ha cuestionado sus principios, será necesario cuestionar todas sus instituciones para adecuarlas a la realidad que hoy vivimos. Dentro de ellas, el contrato.

Particularmente en relación con los contratos de consumo, la sociedad de consumo como proceso socioeconómico y el consumo como estructura (como ubicación de cada actor o agente social) ha creado condicionamientos sociales que deben ser regulados de una manera determinada por el derecho. El consumo se presenta como una situación de poder que debe ser enfrentada por el derecho. En este proceso de toma de poder los actores sociales, empresas y consumidores, tienen un distinto recurso de supremacía en la localización estructural y operan en el mercado conforme a esa perspectiva generando una específica contradicción de intereses.

Así las cosas, es menester entender el contrato como operación económica, tal operación puede ocurrirse en los siguientes eventos: i) Puede ser realizada por dos sujetos ubicados en el mismo plano (Como pregonó el liberalismo.); ii) o por dos sujetos que tienen igual *status*, pero poder económico distinto y; iii) puede ser también realizada por dos sujetos que tienen distinto *status* y distinto poder económico.

Es entonces necesario establecer si la definición clásica de contrato, comprende claramente las tres hipótesis. Es fácil creer que la primera de las tres hipótesis queda comprendida dentro del concepto clásico de contrato. Acerca de la segunda sería necesario discutir si queda comprendida en ella, siendo necesario discutir si la exigencia de igualdad de las partes se refiere al *status* jurídico y no al económico. En cuanto al tercer caso es evidente que no queda comprendida dentro del supuesto normativo del concepto clásico de contrato que exige para su realización el concurso de dos partes de igual *status*.

Así, por ejemplo, el consumidor y el empresario poseen un status diferente: desde el punto de vista económico la superioridad del empresario proveedor de bienes y servicios es superior a la capacidad del consumidor. Y el Consumidor se ve las más de las veces compelido a adquirir los bienes y servicios que el empresario ofrece, pues son condición necesaria de existencia en la sociedad actual, sin los cuales verá comprometido el desarrollo máximo de su libertad en la sociedad. Entonces, esta situación parece restringir el campo de libertad del consumidor al momento de tomar la decisión de contratar.

Surge entonces como relevante para el derecho la figura del “consumidor”, categoría eminentemente económica y sociológica que identifica al sujeto como destinatario de los productos o servicios distribuidos en el mercado por las empresas.

Para hacer posible la investigación, circunscribimos el objeto de la misma a la búsqueda de un concepto de contrato que reconozca la tercera hipótesis atrás mencionada y permita a partir del mismo el reconocimiento del *status jurídico* al consumidor y en general al contratante adherente.

Determinar un nuevo concepto de contrato es tarea imprescindible para el desarrollo del derecho de los contratos y particularmente del derecho del consumidor, erigiéndose como un instrumento a través del que se puedan lograr relaciones más justas (o por lo menos pacíficas) entre los miembros de la sociedad. Hoy podemos verificar que la declaración común de voluntad capaz de crear el contrato no se presenta en los llamados contratos con cláusulas predispuestas. Quiere decir esto que las operaciones entre empresarios y consumidores, o entre empresarios que ostentan un poder de negociación disímil, carecen de regulación en cuanto al concepto de contrato se refiere. El concepto clásico es insuficiente, y en la actualidad se hace necesaria su revisión, así como la propuesta de un nuevo concepto de contrato que comprendan la realidad mencionada.

La revisión del concepto de Contrato, tratándose, por ejemplo, del derecho del consumidor, asediado por los contratos en masa, permitirá autorizar al juez a declarar nulas las cláusulas abusivas, dejando subsistente el vínculo contractual y, llegado el caso, facultar al Juez para sustituir la cláusula anulada por otra que no será el resultado del “Común acuerdo” sino de la voluntad (más no arbitrariedad) del juez (o si se quiere una voluntad social). Esta hipótesis no resulta posible de manera coherente desde el concepto clásico de contrato.

La situación es dramática puesto que el contrato ha de entenderse como ley para las partes y ello significa que el juez tendrá limitadas sus facultades en orden a verificar si la manifestación de voluntad fue expresada libre de vicios, caso en el cual, no contrariándose el orden público y las buenas costumbres, deberá reconocer la fuerza vinculante al contrato, inclusive en el caso de cláusulas ventajosas, injustas o leoninas.

Así las cosas, un nuevo concepto de contrato nos permitirá determinar si el concepto clásico de contrato clásico es un obstáculo para el desarrollo del derecho del consumidor en Colombia, permitiendo reconocer el Status jurídico al consumidor, reconocimiento a partir del cual se desarrolle en conjunto y de manera coherente toda una serie de normas jurídicas que comprendan un verdadero derecho del consumidor. Así mismo ocurrirá con la regulación de los contratos de adhesión ajenos a una relación de consumo.

En este trabajo adoptamos un método de naturaleza analítico-descriptivo: investigación documental o bibliográfica, por tratarse de una investigación reflexivo-analítica dirigida a problematizar no solo sobre el concepto de contrato de consumo y los contratos de adhesión, sino también sobre el Concepto General del Contrato que exige hoy la realidad de nuestro entorno social. Además, pretende determinar las aproximaciones dogmáticas contemporáneas al concepto de contrato, unida a una indagación empírica que buscará determinar la congruencia entre la realidad, la práctica jurídica y el universo conceptual de la teoría general del contrato en sistemas romano-germánicos.

La obtención de los datos estará soportada en un rastreo de índole bibliográfico donde las fuentes bibliográficas serán principalmente artículos de revistas preferiblemente indexadas, textos de importantes representantes de la doctrina nacional y extranjera (según el reconocimiento realizado por la misma doctrina y de acuerdo a la frecuencia con que son citados), así como las fuentes jurisprudenciales de la corte constitucional y la Corte Suprema de Justicia.

Se parte entonces del estudio de las transformaciones que ha sufrido a lo largo de la historia el concepto de contrato con la finalidad de hacer entender al lector que el concepto de contrato está muy lejos de ser considerado un concepto estático e inamovible y que, por el contrario, ha sido un concepto en permanente relaboración.

Seguidamente estudiamos el contrato desde la teoría de las fuentes del derecho para sostener que el contrato produce una modificación en la esfera del Derecho Objetivo, amén de ser productor de normas particulares y concretas, tesis que se aleja de lo sostenido por la dogmática civil tradicional. Una vez considerado el contrato como fuente formal del derecho, tenemos que los preceptos contractuales son verdaderas normas jurídicas y que es precisamente a partir de esta consideración que se ha posibilitado la constitucionalización del derecho de contratos toda vez que las mismas han de ser objeto del juicio de constitucionalidad como condición de su validez, estableciendo límites objetivos al contenido contractual, lo cual favorece la protección del consumidor y permite el equilibrio contractual en relaciones donde las partes ostentan poder de negociación diferentes.

Por último, se enfrentan algunos aspectos relevantes de la teoría general del contrato de consumo, principalmente a partir de la formulación de un novedoso concepto de contrato formulado a partir de los contratos de consumo y de adhesión advirtiendo las consecuencias que de ello se derivan. Es precisamente la formulación de un concepto de contrato de consumo y de los contratos de adhesión el resultado más importante del presente trabajo, concepto a partir del cual se posibilitará la formu-

lación o re-formulación de la teoría general del contrato de consumo y los contratos de adhesión. Con todo, debe el lector advertir que no se pretende en este trabajo elaborar o tratar de manera omnicomprensiva una teoría general del contrato de consumo o de los contratos de adhesión, limitándose el mismo a la formulación del contrato de consumo y los contratos de adhesión para verificar que el concepto de contrato que está basado exclusivamente en el acuerdo de voluntades de personas con igual “status” jurídico resulta un obstáculo para el desarrollo del derecho de protección a los consumidores en Colombia y los adherentes en contratos de adhesión.