

Formalización y documentación de los contratos como límite a la autonomía privada. Un estudio desde los contratos de consumo y la Ley 1480 de 2011 de Colombia*

Luis Carlos Plata López**

Recibido: septiembre de 2014

Aprobado: febrero de 2015

Resumen

EL objetivo de este artículo es mostrar cómo, a partir de la entrada en vigencia de la ley 1480 de 2011, se ha plasmado un nuevo límite a la libertad contractual, este referido a la formalización y documentación del contrato con consumidores, el cual funge como control de forma sobre el proceso contractual, y no un control de fondo, como el que ocurre, por ejemplo, con las cláusulas abusivas o los criterios de interpretación contractual. Para ello, se analizarán los siguientes aspectos: (1) La evolución de la forma del contrato, (2) la solemnización y la documentación en los contratos de consumo y (3) efectos jurídicos del incumplimiento de las formas ordenadas en la ley. El apartado de conclusiones, dará razón de los resultados del análisis, enfocadas a demostrar que retomar algunos rituales y solemnidades contractuales, mas que un retroceso frente a la regla de libertad de forma, es un avance para la protección de la parte débil en las relaciones contractuales.

Palabras clave: formalización del contrato, protección al consumidor, libertad contractual, contratos con condiciones uniformes.

* Este artículo es la primera entrega del proyecto de investigación denominado "Modernización del derecho de los contratos a la luz de los principios y normas de protección al consumidor". Financiado por el Grupo de Investigación Derecho, Política y Sociedad de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Costa C. U. C.

** Abogado, magíster en Derecho, docente investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Costa, C. U. C., Barranquilla, Colombia. Email: lcplata@platamonsalve.com

Formalization and Documentation of Contracts as a Limit of Private Autonomy. A Study from Consumption Contracts and Colombian Law 1480, 2011

Abstract

The objective of this article is to show how from the effect of Law 1480, 2011, a new limitation to contractual freedom has emerged, referred to formalization and documentation of agreements with consumers, which act as a control of form on the contractual process but not as an important control such as abusive clauses or criteria of contractual interpretation. For this, the following aspects will be analyzed: (1) Evolution of agreement form, (2) Signing and documentation of consumption agreements, and (3) juridical effects of failure to comply with law. In conclusions, analysis will be shown, demonstrating that to retake some rituals and contractual solemnities more than going backwards before a form liberty norm, it is an advancement, for the protection of the weak part in contractual relations.

Key words: Contract formalization, consumer protection, contractual liberty, Agreements with uniform conditions.

INTRODUCCIÓN

Las tendencias actuales en materia contractual no corresponden con los esquemas voluntaristas, que presuponían una justa igualdad entre los contratantes; por el contrario, en la actualidad es cada vez más común la presencia de contratos predispuestos y contratos celebrados por adhesión, los cuales pueden llevar a una significativa asimetría de poderes contractuales. De esta manera, si bien en los ordenamientos contemporáneos rige el principio conforme al cual las partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido, este poder jurídico de autonomía no es ilimitado y, por el contrario, se otorga un régimen especial de tutela a la parte débil de la relación frente a los posibles abusos derivados de las estipulaciones contractuales.

Es por ello que se hace necesario contar con instrumentos de control de las condiciones generales de los contratos, con el objeto de proteger a los adherentes, frente a los riesgos derivados de la aplicación unilateral y abusiva de tales cláusulas, como la asignación inequitativa de los riesgos contractuales, la limitación o exoneración de responsabilidad, la modificación o liberación de los deberes surgidos del negocio, entre otros. Dentro de este contexto, surge en la legislación colombiana con la expedición de la Ley 1480 de 2011, el renovado vigor del formalismo como un instrumento de protección de tales intereses. Así pues, en el terreno del derecho de los consumidores el concepto legal de forma no se refiere exclusivamente a la declaración de voluntad, engloba también una serie de actos previos y sucesivos a la declaración misma, relativos a deberes de información o específicamente a la forma en que esta debe entregarse y la eficacia de la misma, lo cual, si bien es cierto no supone una formalidad contractual, sí es una carga adicional para el comerciante, a los requisitos que debe cumplir y las condiciones generales para poder formar parte de los contratos, a un adecuado flujo de información, que permite un claro entendimien-

to de todos los elementos necesarios a fin de que el consumidor pueda decidir.

La formalización del contrato de consumo permite determinar cuáles son los requisitos esenciales del negocio jurídico, en cuanto a la declaración y exteriorización de la voluntad, la forma que debe revestir el negocio, las condiciones, el contenido y, en general, todos aquellos requisitos mínimos y esenciales que debe contener, que permiten determinar la eficacia o validez de las condiciones fijadas por el proveedor y/o distribuidor. Por otra parte, los documentos, entendidos como medio de prueba, se convierten en elementos indispensables, mediante los cuales, es posible hacer patente que el negocio o la relación jurídica existe y que, además, posee las características de contenido que se afirman, o que se niegan.

Es por ello, que el objetivo de este artículo es mostrar cómo, a partir de la entrada en vigencia de la ley 1480 de 2011, se ha plasmado un nuevo límite a la libertad contractual, este referido a la formalización y documentación del contrato con consumidores, el cual funge como control de forma sobre el proceso contractual, y no un control de fondo, como el que ocurre, por ejemplo, con las cláusulas abusivas o los criterios de interpretación contractual.

Para ello, el artículo se estructura de la siguiente forma: (1) La evolución de la forma del contrato, (2) la solemnización y documentación en los contratos de consumo y (3) efectos jurídicos del incumplimiento de las formas ordenadas en la ley. Por último, en las conclusiones se presentan los resultados del análisis, enfocadas a demostrar que el retomar de algunos rituales y solemnidades contractuales, frente a las cuales se analizarán puntualmente en cuanto a sus efectos y consecuencias.

1. LA DOCTRINA DE LA FORMA CONTRACTUAL

Dentro del debate jurídico, la palabra "forma" ha tenido varias acepciones que han sido plan-

teados desde diversos puntos de vista; en un sentido amplio, se habla de "forma" para designar el vehículo o medio de expresión, del cual las partes se sirven para emitir sus declaraciones de voluntad (Díez-Picazo, 2007, p. 286), es decir, en palabras de De Castro y Bravo (1985), la forma es el medio que sirve para expresar lo querido (p. 278).

En un sentido más estricto, se ha sostenido que la forma está constituida por todas aquellas solemnidades por las que las partes tienen que pasar, para que su acuerdo tenga validez jurídica y permita el nacimiento de unas obligaciones (Bravo & Bravo, 1996, p. 61).

Para aquellos negocios que requieren una determinada forma, ya sea porque la ley exige la observancia de unos requisitos para materializar la voluntad, o porque las partes libremente consideraron pertinente realizar el acto de un modo concreto; la forma del contrato, tal como lo sostiene Díez-Picazo, debe ser considerada como el medio concreto y determinado, que la ley o la voluntad de los particulares imponen para exteriorizar la voluntad, con el fin de que alcance plena validez y eficacia jurídica (Díez-Picazo, 2007, p.288). Al respecto, vale la pena, a título de ejemplo, considerar las disposiciones de los artículos 1857 y 1979 del Código Civil colombiano, los cuales, regulando los contratos de compraventa y arrendamiento respectivamente, consagran ser estos consensuales, salvo que por disposición legal o por acuerdo entre las partes, se disponga que los mismos solo se perfeccionarán mediante el cumplimiento de formalidades, en especial, la suscripción de documento privado o escritura pública, según sea el caso.

La institución jurídica de la forma ha venido experimentando una constante evolución que viene desde aquellas sociedades caracterizadas por el apego al formalismo, hasta el establecimiento del principio de consensualidad para la formación de los actos jurídicos.

En el derecho romano, donde no había más que contratos formales, se produjo el máximo desarrollo del formalismo en los negocios jurídicos; por ello, era necesario realizar unos determinados actos solemnes o rituales, de tal suerte que solo a todos aquellos solemnes y rituales actos que generan una obligación se les podía llamar contrato; si no se cumplía con la formalidad, el contrato, nada más no existía.

A través de una lenta evolución en la que influyeron decisivamente el derecho de gentes y el derecho pretoriano, los negocios jurídicos romanos van transformándose de negocios formales y abstractos en negocios no formales y causales; en efecto, se permitió que en determinados casos concretos, el hecho de la entrega de una cosa generaba para el que la había recibido la obligación de restituir dicha cosa (Díez-Picazo, 2007, p. 134).

Posteriormente se consideró que algunas obligaciones podían crearse por el mero consentimiento o por el mero acuerdo entre las partes; los contratos se separan del formalismo y rigor antiguo para acogerse más a la buena fe contractual (Bravo & Bravo, 1996, p. 35).

Fue así como se dio cabida a la consensualidad como regla general para crear obligaciones, y solo en algunos casos determinados es imperativo cumplir con formalidades para crear actos jurídicos válidos, lo que evidencia que no se ha desechado por completo el formalismo y es posible observar que para ciertos actos jurídicos se exige de algunas formas solemnes para su perfeccionamiento, como excepciones a la absoluta libertad de los sujetos en cuanto a la elección de la forma del negocio.

La presencia de formalidades en los contratos puede cumplir dos funciones principalmente: por un lado, la función de ser elemento cons-

titutivo del contrato, y por otro lado, como elemento probatorio del mismo, la función del elemento constitutivo del contrato y la función de la prueba del contrato se han denominado por la doctrina como la forma *ad solemnitatem* y la forma *ad probationem*.

1.1. *Formas ad solemnitatem*

La forma *ad solemnitatem* consiste en los requisitos para la existencia del acto jurídico; en palabras de Torres Vásquez (2001, p. 313), la solemnidad vale el acto jurídico mismo; es un elemento constitutivo del acto y, por consiguiente, el único medio probatorio de su existencia. A esta formalidad usualmente se le denomina *ad substantiam*; por tanto, los actos no existen si no se sujetan a la forma ordenada (Díez-Picazo & Guillon, 2001, p. 506).

De igual manera, Arrubla (2012, p. 268) sostiene que el legislador cuando prescribe la forma *ad solemnitatem* la prescribe con carácter obligatorio, como un elemento esencial del negocio, de tal suerte, que no nacen, no se crean derechos y obligaciones entre las partes, si la forma no ha sido observada.

En el ordenamiento colombiano, tales solemnidades aparecen reflejadas en el artículo 1500 del Código Civil, el cual expresa "(...) es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil (...)", disposición ratificada por el Código de Comercio en su artículo 824 al afirmar que "(...) cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, **este no se formará** mientras no se llene tal solemnidad", circunstancia que se complementa con la disposición del artículo 898 del mismo estatuto el cual dispone que "(...) será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación en razón del acto o contrato (...)" (resaltado y negrilla fuera de texto).

1.2 *Formas ad probationem*

Por otra parte, la forma probatoria (forma *ad probationem*) no es requisito de validez del acto jurídico; sirve únicamente para facilitar la prueba de la existencia y del contenido del acto; tiene una función procesal y no sustantiva; por ser un medio probatorio, y no un elemento necesario para la validez del acto (Torres, 2001, p. 313), constituye la forma de documentar la voluntad.

Ejemplo de estas circunstancias son las disposiciones de los artículos 1036 y 1046 del Código de Comercio colombiano, que hacen referencia al valor probatorio de la póliza en el contrato de seguro: 1320, sobre la prueba del contrato de agencia mercantil, y 1333, que trata el mismo punto en materia del contrato de preposición. En materia civil el artículo 2150 da constancia del valor probatorio del documento escrito en el contrato de mandato.

Lo cierto es que en la actualidad, aun cuando por regla general todo acuerdo de voluntades está sometido a la libertad de las partes en la escogencia del medio a través del cual manifiestan sus actos, de conformidad con el artículo 824 del Código de Comercio colombiano, el legislador ha optado por incluir en determinados casos, una serie de solemnidades, las cuales, más que instituirse como impedimentos o requisitos dispendiosos para la formación de los contratos, buscan mantener la seguridad jurídica y la protección patrimonial de los contratantes.

Ahora bien, lo hasta aquí dicho se edifica sobre el entendido del contrato como acuerdo bilateral, entre partes económica y jurídicamente iguales; sin embargo, frente al escenario de la moderna dinámica del comercio y la industria, la masificación de las contrataciones y el albor de las relaciones de consumo demandan una reconstrucción de la teoría del contrato y de los supuestos tradicionales que sobre él se han edificado (Villalba, 2011).

Sobre la formación de los contratos de consumo en Colombia, en vigencia del Decreto 3466 de 1982, era la consensualidad el medio para que entre productor y consumidor se trabara una relación de consumo; la legislación anterior imponía al productor y al distribuidor unos deberes de información, publicidad, garantías y calidad de bienes ofrecidos, pero imponía unas cargas muy débiles o incluso ineficientes sobre la forma o documentación necesaria para la plena formación de estos contratos¹.

Con la expedición de la Ley 1480 de 2011, son identificables algunos requisitos sobre la manera como deben ser formuladas y plasmadas las condiciones generales de la contratación y el acompañamiento de documentos soporte sobre las operaciones de consumo. Esta inclusión de "formalidades" en los contratos de consumo genera como consecuencia unos límites a la autonomía y libertad privada que no estaban presentes en el ordenamiento nacional y que de alguna forma modifican o afectan la regla general de la consensualidad en materia de contratación mercantil.

2. FORMALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS DE CONSUMO

Si bien es cierto, en los ordenamientos jurídicos contemporáneos rige el principio de autonomía privada, conforme al cual las partes gozan de plena libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido, no lo es menos la importancia que tiene lograr un equilibrio justo frente a los contratantes, cuando es notable una relación asimétrica en la negociación (Plata & Monsalve, 2011).

¹ Al respecto la Corte Constitucional de Colombia en Sentencia C-1141 de 2000 con Ponencia del Honorable Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 11 del decreto 3466 de 1982, reafirmo el carácter de consensualidad de las relaciones de consumo, incluso la vinculatoriedad de las normas y derechos que de ellas se desprenden a aquellos que no han participado en la celebración del contrato.

En efecto, el productor y/o distribuidor tendrán la facultad de predisponer el contenido del contrato, a través de condiciones generales y uniformes, que deberán ser incorporadas mediante el cumplimiento de unos requisitos de carácter formal, requisitos de incorporación, límites a su contenido, requisitos para su formación y definición del medio para manifestar la voluntad. Como consecuencia de este poder de predisposición, la falta de observancia de las reglas para la incorporación de las condiciones de negociación acarrea unas sanciones para el profesional que no actuó bajo los niveles mínimos de transparencia y formalidades requeridos.

Es así como a partir del análisis de las distintas disposiciones contenidas en la Ley 1480 de 2011, que contemplan la exigencia de formalidades contractuales en aras de protección de la parte débil del contrato, se procede a continuación a determinar los lineamientos establecidos en la legislación colombiana, que añaden el requisito de formalización o documentación en el contrato, como un control formal, y no de contenido, pero que, a la vez, se erigen como límites a la autonomía de la voluntad, para la protección del consumidor.

A continuación y atendiendo a la distinción hecha en el numeral 1 de este artículo, se procede a identificar cuáles de las formas contractuales incluidas en el estatuto de protección al consumidor constituyen formas *ad solemnitatem* y cuáles constituyen formas *ad probationem*, junto con los efectos jurídicos que de cada una de ellas se derivan.

2.1. Formas *ad solemnitatem* en la ley 1480 de 2011

2.1.1 Requisitos de incorporación de las condiciones generales al contrato

Estos requisitos de incorporación tienen como principal finalidad que el adherente conozca el contenido del contrato, mediante su puesta a disposición con carácter previo a su celebración

y con una redacción clara, concreta y comprensible. Estas exigencias en la forma contractual contenidas en el Estatuto del Consumidor colombiano son parte de una de las formas en que se concreta materialmente el derecho a obtener información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea respecto de los productos que se ofrecen o se pongan en circulación²; constituye este derecho lo que la doctrina nacional ha llamado el consentimiento informado del consumidor (Monsalve, 2013, p. 232).

Para Miquel González (1996), la lógica de establecer requisitos en la incorporación de condiciones generales en los contratos de consumo responde a la necesidad de proporcionar al adherente los medios suficientes para que pueda conocer y ejercitar, de manera adecuada, el contenido del contrato (p. 192). Otro sector de la doctrina ha sostenido que estas exigencias tienen como finalidad asegurar el consentimiento contractual (Bercovitz & Bercovitz, 1987, p. 193). Ahora, valga la pena aclarar que la ausencia de estos requisitos no necesariamente constituye ausencia de consentimiento, y por tanto, inexistencia del contrato, sino que puede constituir defectos o vicios en el mismo y llevar a su rescisión.

2.1.1.1 Exigencias formales en la redacción y formulación de las condiciones generales y los contratos de adhesión

El Estatuto del Consumidor colombiano –ley 1480 de 2011– establece un mínimo de requisitos indispensables, que deberán cumplir las condiciones negociales generales y los contratos de adhesión para producir efectos jurídicos. Con este control, se busca asegurar que el adherente tenga un conocimiento de las condiciones generales, garantizando que se emita un consentimiento no viciado, más aún, informado, una decisión libre y consciente. A

² Ley 1480 de 2011 de Colombia, Art. 3: De los derechos y deberes de los usuarios.

este fin responde el artículo 37 del Estatuto del Consumidor que dispone:

[...] las Condiciones Negociales Generales y los contratos de adhesión deberán cumplir como mínimo los siguientes requisitos... (i). Haber informado suficiente, anticipada y expresamente al adherente sobre la existencia efectos y alcance de las condiciones generales, es obligatorio utilizar el idioma castellano, para dar a conocer la información. (ii). Las condiciones generales del contrato deben ser concretas, claras y completas. (iii). En los contratos escritos, los caracteres deberán ser legibles a simple vista y no incluir espacios en blanco.

La primera condición implica que antes de que al adherente decida aceptar las condiciones generales del contrato, el proveedor o distribuidor ha tenido que poner en conocimiento del consumidor de manera previa y detallada todos los alcances de la negociación. La segunda supone que el lenguaje utilizado para dar a conocer las condiciones debe ser de fácil comprensión para el usuario, que no presente motivos de dudas, confusiones o incertidumbres, además de ser completo, para garantizar que el consentimiento del consumidor se forme con plena seguridad y claridad.

El requisito de la concreción exige la completa descripción del elemento contractual o aspecto al que las condiciones se refieren. Hace referencia a la necesidad de que las cláusulas que reservan derechos al predisponente o imponen obligaciones al adherente estén bien definidas, para tratar de impedir que el predisponente pueda obtener ventajas de la formulación de las cláusulas derivadas de su carácter vago o poco preciso (Bercovitz, 2009, p. 1614).

La formulación de la información debe ser tan clara, que no permita entender las condiciones en varios sentidos, haciéndolo confuso e incierto, de manera que sea posible determinar qué

es lo que se ha querido para el contrato. Es una forma de concretar los postulados de la buena fe contractual (Orduqui, 2012).

Una cláusula podría considerarse inconcreta por la formulación genérica de su supuesto de hecho, de tal manera que en el mismo se englobe una pluralidad de hipótesis. En este caso podría pasar que el predisponente obtiene una ventaja de la falta de concreción, que consiste en extender, mediante una formulación genérica de un supuesto de hecho, una regulación que podría ser absolutamente razonable para un supuesto concreto a otros para los que no lo es (Bercovitz, 2009, p. 1611).

La tercera exigencia hace referencia a la forma como se deben presentar las condiciones generales en un contrato por escrito, es decir, la narración o manera de exposición de las cláusulas. Así, alcanza, tanto las palabras utilizadas, como el lenguaje, la construcción morfológica y la sintáctica de las frases (Gete, 2008, p. 107).

Las cláusulas son legibles, cuando es posible descifrar sus caracteres y estas no pasan desapercibidas para el adherente. La legibilidad es un presupuesto lógico de comprensibilidad, pues solo puede ser intelectualmente comprensible lo que es físicamente perceptible (Bercovitz, 2009, p. 1611). Podrían considerarse ilegibles por el tamaño microscópico de la letra, por su inusual tipografía, por tener un color no suficiente contrastado con el fondo del papel, por la deficiente claridad en la impresión, o por su posición en un lugar secundario en el documento contractual (p. 1612).

2.1.1.2 Idioma en el que debe suministrarse la información sobre las condiciones generales

Los proveedores y/o productores están en la obligación de suministrar a los consumidores la información suficiente sobre el contenido

y alcance de las condiciones generales del contrato, en el idioma castellano (artículo 37 de la Ley colombiana 1480 de 2011 –Estatuto del Consumidor–). Con independencia de si el contrato es escrito o verbal, el idioma que obligatoriamente debe usar el proveedor y/o distribuidor para dar a conocer la información a los usuarios es el castellano.

Conforme con lo hasta aquí dicho, el artículo 37 de la Ley 1480 de 2011 establece que **serán ineficaces y se tendrán por no escritas** las condiciones generales de los contratos de adhesión que no reúnan los requisitos señalados, lo que confirma que efectivamente se está en presencia de formas *ad solemnitatem* y que la ausencia de las mismas dará lugar a la ineficacia del clausulado, mas no del contrato en sí, el cual podrá continuar con prescindencia de las cláusulas ineficaces.

2.1.2 Forma de manifestar del consentimiento

Dentro de las disposiciones del Estatuto del Consumidor, se encuentran unos presupuestos que obligan a que el consentimiento del consumidor se manifieste de manera expresa.

Esta situación está claramente determinada y definida en la Ley 1480 de 2011; por una parte, en su artículo 42.9 al ejemplificar las cláusulas abusivas establece que son ineficaces de pleno derecho las cláusulas que: "Presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo", precepto ratificado en el literal d del artículo 50, el cual expresamente dispone "(...) La aceptación de la transacción por parte del consumidor deberá ser expresa, inequívoca y verificable por la autoridad competente(..)"; disposición que más adelante complementa la misma norma "(..) Queda prohibida cualquier disposición contractual en la que se presuma la voluntad del consumidor o que su silencio se considere como consentimiento (...)".

En estos casos, la exigencia de manifestación expresa del consentimiento por parte del consumidor se constituye en una forma esencial para la existencia del contrato, y la ausencia de la misma conllevaría inexistencia del mismo por ausencia de uno de los elementos esenciales.

2.1.3 El establecimiento de condiciones de forma dirigidas a garantizar al consumidor una adecuada información sobre los términos en algunos contratos en particular

2.1.3.1 Contratos de seguro

El nuevo Estatuto del Consumidor incorporó en el artículo 37, relativo a las condiciones generales de los contratos de adhesión, una norma expresa para seguros, conforme a la cual "en los contratos de seguros, el asegurador hará entrega anticipada del clausulado al tomador, explicándole el contenido de la cobertura, de las exclusiones y de las garantías".

Aquí queda evidenciada una contradicción entre las reglas generales del contrato de seguro y las normas de protección al consumidor; efectivamente, el artículo 1036 del Código de Comercio colombiano establece que el contrato de seguro es consensual; sin embargo, si existe la exigencia de entregar anticipadamente al tomador el clausulado y las condiciones generales de negociación, la naturaleza del mismo habrá cambiado y se habrá vuelto un negocio solemne o por lo menos, en cuanto a requisito para la validez de dichas condiciones uniformes.

Se agrega, además, que a falta de solemnidad, al parecer de quien escribe y respetando posiciones en contrario, amparado en el principio *pro consumatore* y en la regla de interpretación que prefiere la eficacia contractual por encima de su extinción, la ineficacia afectará las condiciones uniformes, mas no al contrato mismo (Plata & Monsalve, 2014).

2.1.3.2 Contratos celebrados telefónica o electrónicamente

El artículo 50 del Estatuto del Consumidor dispone las obligaciones a las que están sometidos los proveedores y expendedores, que ofrezcan productos utilizando medios electrónicos, con relación a formación del contrato y los requisitos que se deben cumplir para la incorporación de las condiciones generales; estos son: la aceptación de la transacción por parte del consumidor deberá ser expresa, inequívoca y verificable por la autoridad competente. El consumidor debe tener el derecho de cancelar la transacción hasta antes de concluirla.

Tal como se expuso, la aceptación de la transacción, por parte del consumidor, debe realizarse de manera expresa e inequívoca, soportando el proveedor, la obligación de dejar prueba de la aceptación del adherente a las condiciones generales (artículo 49 del Estatuto del Consumidor –E. C.–). Podría decirse que en esta aceptación expresa de las condiciones generales, no es necesaria la firma en sentido convencional, puesto que el medio de contratación lo impide, de manera que la manifestación deberá realizarse por los medios en que sea posible, dependiendo de la técnica empleada en la contratación.

Lo que sí es claro es la exigencia de la aceptación inequívoca de la transacción, hasta el punto de quedar prohibida cualquier disposición contractual en la que se presuma la voluntad del consumidor o que su silencio se considere como consentimiento, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo (artículo 50 del E. C.).

Además de los requisitos mencionados, el nuevo estatuto del consumidor recoge una disposición bastante particular, en la que se establece que, cuando la venta se haga utilizando herramientas de comercio electrónico, el proveedor deberá tomar las medidas posibles para verificar la

edad del consumidor; por ello, en caso de que se verifique que el producto será adquirido por un menor de edad, el proveedor deberá dejar constancia de la autorización expresa de los padres para realizar la transacción³. Es decir, la transacción que se realice con un menor de edad deberá realizarse previa autorización expresa de los padres del menor. (Remolina & Flórez, 2013, pág. 374)

2.1.4 Obligatoriedad de asumir una determinada forma para manifestar el consentimiento de condiciones o cláusulas especiales incorporadas al contrato

Sin perjuicio de los requisitos generales aplicables a la formulación de las condiciones generales y a los contratos de adhesión, el estatuto del consumidor prevé de manera especial, unas exigencias que se deben cumplir para permitir que determinadas cláusulas puedan formar parte del contrato. Estas disposiciones buscan garantizar una aprobación plenamente consciente por parte del consumidor respecto de ciertas cláusulas, por lo que, además de requerir que la forma en que se manifieste el consentimiento sea expresa y de manera escrita, se obliga al productor y/o distribuidor a expedir constancia o prueba de ello. Estas modalidades especiales de manifestación del consentimiento se establecen sobre cláusulas que pueden resultar gravosas para el consumidor.

2.1.4.1. Disposiciones especiales sobre los términos de las garantías⁴

- Cuando se realice una venta, sobre producto usados en los que haya expirado el término de la garantía legal podrán ser vendidos sin garantía, *circunstancia que debe ser informada y aceptada por escrito claramente por el consumidor*. En caso contrario se en-

³ Estatuto del consumidor: ley 1480 de 2011, artículos 55: se diseña para la protección de los niños, niñas y adolescentes en comercio electrónico.

⁴ Estatuto del Consumidor: Ley 1480 de 2011 de Colombia. Artículos 8 y ss.

tenderá que el producto tiene garantía de tres (3) meses.

- La prestación de servicios que suponen la entrega del bien para la reparación del mismo podrá ser prestada sin garantía, *circunstancia que debe ser informada y aceptada por escrito claramente por el consumidor*. En caso contrario se entenderá que el servicio tiene garantía de tres (3) meses, contados a partir de la entrega del bien a quien solicitó el servicio.
- Los productores y proveedores podrán otorgar garantías suplementarias a la legal, cuando amplíen o mejoren la cobertura de esta, de forma gratuita u onerosa. Sin embargo, cuando estas se realicen de forma onerosa, es necesario obtener la aceptación expresa por parte del consumidor, la cual deberá constar en el escrito que le dé soporte⁵.

En todos estos casos la ineficacia no afectaría la totalidad del negocio, ni tampoco privaría al consumidor de su derecho a la garantía, ya que frente a la no validez de la estipulación contractual existe norma supletiva que llena el vacío de la voluntad de las partes en cuanto al término de duración de la misma.

2.1.4.2 Disposiciones especiales sobre las cláusulas de permanencia

- Las cláusulas de permanencia mínima en los contratos de tracto sucesivo solo podrá ser pactada de forma expresa⁶. La Superintendencia de Industria y Comercio ha fijado las condiciones para el establecimiento de las cláusulas de permanencia⁷;

⁵ Estatuto del consumidor: Ley 1480 de 2011 de Colombia: art. 14. *requisitos de la garantía suplementaria*. las garantías suplementarias deberán constar por escrito, ser de fácil comprensión y con caracteres legibles a simple vista.

⁶ Estatuto del consumidor: Ley 1480 de 2011 de Colombia, Arts. 41 y ss.

⁷ Superintendencia de Industria y comercio de Colombia, Re-

en particular se ha determinado que las estipulaciones relacionadas con valores a pagar por terminación anticipada, cláusulas de permanencia mínima y prórrogas automáticas, solo serán aplicables cuando medie aceptación escrita del suscriptor y sean extendidas en documento aparte.

- En los servicios no domiciliarios de telecomunicaciones, en el caso de que se establezcan estipulaciones en cuanto a multas o sanciones por terminación anticipada, períodos de permanencia mínima y de prórrogas automáticas, estas no serán aplicables, a menos que en ellas consienta, de manera expresa y en documento aparte, el suscriptor. Dicho documento deberá extenderse en un color diferente al del contrato, con una letra no inferior a cinco (5) milímetros, de tal manera que sea fácilmente legible y diferenciable por el suscriptor⁸.

Los requisitos de incorporación se constituyen como el primer filtro o control de la eficacia de las condiciones generales, de tal forma que aquellos que no cumplan con los requisitos previstos por la ley no pueden integrarse el contrato celebrado entre el productor y/o distribuidor y consumidor, y por consiguiente, no entran a regular la relación contractual.

solución 11535 de 2010. Las cláusulas de permanencia mínima podrán ser pactadas únicamente Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, Resolución 336 de diciembre 20 de 2000 por la cual se dictan normas sobre protección a los suscriptores y usuarios de los servicios públicos no domiciliarios de telecomunicaciones, art. 7.5.4.- "Condiciones para el establecimiento de las cláusulas de permanencia mínima, multas o sanciones para la terminación anticipada y prórrogas automáticas. cuando se ofrezcan planes que financien o subsidien el cargo de conexión, equipos terminales u otros equipos de usuario requeridos para el uso del servicio contratado, o cuando se incluyan tarifas especiales y se pactarán por una sola vez, al inicio del contrato.

⁸ Comisión de Regulación de Telecomunicaciones de Colombia. Resolución 3066 de 2011: por la cual se dictan normas sobre protección a los suscriptores y usuarios de los servicios públicos no domiciliarios de telecomunicaciones, artículos 17 y 18

2.2. Solemnidades *ad probationem* en el estatuto de protección al consumidor

En este apartado se hará especial referencia a aquellos casos en que, incluso, se obliga a la expedición de constancias que permita asegurar no solo el consentimiento de las condiciones generales, sino la emisión regular de la declaración contractual. Sobre la forma como debe manifestarse el consentimiento del consumidor, el artículo 39 del E. C. dispone:

[...] Cuando se celebren contratos de adhesión, el productor y/o proveedor está obligado a la entrega de constancia escrita y términos de la operación al consumidor a más tardar dentro de los tres (3) días siguientes a la solicitud. El productor deberá dejar constancia de la aceptación del adherente a las condiciones generales (texto subrayado fuera del texto).

En ese sentido, se prevé la condición que envuelve la efectiva manifestación del consentimiento de las condiciones generales de un contrato de adhesión, esto es, la manifestación expresa de aceptación de las condiciones generales por parte del consumidor. Aun cuando la disposición no hace referencia de manera explícita a la necesidad de la firma del adherente, podría pensarse que una manifestación inequívoca y expresa por parte del consumidor solo podría lograrse mediante la firma, que sería una prueba clara de su consentimiento.

Lo anterior despliega la obligación que tiene el productor y/o proveedor de guardar constancia de dicha aceptación; igualmente, el consumidor tiene la posibilidad de exigir la constancia escrita que contenga todos los términos de la negociación, incluyendo la aceptación de las mismas. Bajo este parámetro, es claro que la carga de guardar y tener constancia de toda la documentación de la operación de consumo está en cabeza el productor y/o proveedor, quien debe velar por la correcta aceptación de los términos del contrato.

2.2.1 *Contratos de prestación de servicio que suponen la entrega de un bien*

Cuando se exija la entrega de un bien respecto del cual se desarrollará una prestación de servicios, por ejemplo, en centros de diagnóstico, reparación, lavanderías, entre otros, es necesario el cumplimiento de unas formalidades para la prueba de la relación de consumo entre proveedor y/o productor y consumidor⁹.

Primero que todo, quien preste el servicio debe expedir una constancia de recibo del bien en el cual se mencione la fecha de la recepción, y el nombre del propietario o de quien hace entrega, su dirección y teléfono, la identificación del bien, la clase de servicio, las sumas que se abonan como parte del precio, el término de la garantía que otorga, y si es posible determinarlos en ese momento, el valor del servicio y la fecha de devolución. Si al momento de la recepción no es posible determinar el valor del servicio y el plazo de devolución del bien, el prestador del servicio deberá informarlo al consumidor en el término que acuerden para ello, para que el consumidor acepte o rechace de forma expresa la prestación del servicio.

2.2.2 *Prestación del servicio de parqueadero*

Cuando se trate de la prestación del servicio de parqueadero la persona natural o jurídica que preste el servicio también deberá expedir un recibo del bien en el cual se mencione la fecha y hora de la recepción, la identificación del bien, el estado en que se encuentra y el valor del servicio en la modalidad en que se preste (artículo 18 del E. C.). Igual sentido tienen aquellas disposiciones que obligan a que en el contrato se incluyan cláusulas relativas a la expedición de constancia escrita que otorgue certeza al consumidor sobre la garantía de restitución en condiciones adecuadas de conservación respecto del bien por él entregado: con la indicación de la natu-

⁹ Estatuto del Consumidor: Ley 1480 de 2011 de Colombia, artículo 18.

raleza y condiciones en que es recibido el bien en relación con el cual se prestará el servicio¹⁰.

2.2.3 *Ventas por medios electrónicos*

Concluida la transacción, el proveedor y el expendedor deberán remitir, a más tardar el día calendario siguiente de efectuado el pedido, un acuse de recibo del mismo, con información precisa del tiempo de entrega, precio exacto, incluyendo los impuestos, gastos de envío y la forma en que se realizó el pago.

El resumen que debe entregarle el proveedor al consumidor antes que finalice la transacción tiene como finalidad que el consumidor pueda verificar que la operación refleje su intención de adquisición de los productos o servicios ofrecidos y las demás condiciones, y de ser su deseo, hacer las correcciones que considere necesarias o la cancelación de la transacción. Todo esto para garantizar el consentimiento pleno y regular del consumidor (Plata, 2013, P. 399).

3. **EFFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS FORMALIDADES AD SOLEMNITATEM**

Manda a rajatabla el Estatuto de protección a los consumidores, que la sanción por falta a las formas *ad solemnitatem*, según se ha explicado arriba, en él establecidas, será la ineficacia¹¹; sin embargo, vale la pena hacer un par de precisiones sobre los reales efectos de esta figura, tanto en la doctrina, como en la legislación nacional. Se producirá *ineficacia* cuando el contrato, o en general un negocio jurídico, se ve afectado de un grado de irregularidad jurídica, que determine que tenga existencia jurídica y validez, e incluso

¹⁰ Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, N.º 10, del 19 de julio de 2001, artículo 4.1.- "En la prestación de servicios que implique la entrega de un bien por parte del consumidor, se exige la entrega de una constancia escrita que de fe del recibo del mismo, las condiciones de ingreso, el servicio a prestar y la plena identificación de las partes".

¹¹ Al respecto coinciden los artículos 37, 43, 44 de la ley 1480 de 2011 de Colombia.

que produzca algunos de los efectos jurídicos querido por las partes, al otorgarlo (García-Pita & Lastres, 2010, p. 923).

Según lo expuesto por Díez-Picazo (2007), la idea de ineficacia alude a una determinada formulación de un deber ser jurídico, y significa una determinada manera justa de comportarse frente al contrato los mismos interesados. La ineficacia es, además, una sanción, entendida como la consecuencia que el ordenamiento imputa o anuda a la infracción de sus preceptos (p. 559).

Adicionalmente, la ineficacia como sanción de un contrato irregular se produce cuando una norma la impone expresamente y también cuando reclaman tal sanción el significado y la finalidad de las normas que han sido infringidas al celebrarse el contrato. Así es posible que exista: a) una ineficacia expresamente decretada por la ley; b) una ineficacia deducida por vía de interpretación de la ley; c) una ineficacia, que en defecto de la ley, es reclamada o impuesta por el juego de los principios generales del derecho (Díez-Picazo, 2007, p. 560).

En el ordenamiento jurídico colombiano, el concepto de *ineficacia*, visto como sanción, se liga a varias modalidades, que presuponen la falta de resultados de un determinado acto jurídico, viciado por el incumplimiento de preceptos legales, tales como la inexistencia, la nulidad absoluta y la nulidad relativa de los actos jurídicos.

Por un lado, la falta de las condiciones esenciales de todo acto jurídico produce su inexistencia. Así, si por definición dicha clase de actos consiste en la manifestación de la voluntad, encaminada a la creación, modificación o extinción de las relaciones jurídicas, resulta obvio que, faltando aquella voluntad o el objeto jurídico al cual apunta, no se entenderá que existe un acto jurídico. Es igualmente aplicable esta conclusión, cuando el acto es solemne, y se pretermite la forma prescrita por la ley *ad*

substantiam actus, porque sin esta, la voluntad se tiene por no manifestada (Ospina-Fernández & Ospina-Acosta, 2009, p. 422). Si al examinar los elementos esenciales del acto jurídico, esto es, manifestación de la voluntad, objeto y causa lícita, y formalidad cuando es requerida la *ad substantiam*, se constata la ausencia de uno de ellos, el acto jurídico es inexistente (artículos 1500, 1502 del Código Civil colombiano).

Al respecto, en el derecho nacional se ha encarnado una discusión doctrinal relacionada con la diferencia en cuanto a la sanción por falta o ausencia de solemnidades en materia de negocios civiles y negocios mercantiles, pues en estricto sentido, la norma civil preceptúa que ante la ausencia de solemnidades relacionadas con la naturaleza del acto o contrato la sanción será la nulidad absoluta (Código Civil colombiano, artículo 1741); en cambio, en materia mercantil, este mismo defecto se sanciona con la inexistencia (Código de Comercio colombiano, artículo 898).

Así lo manifiestan Zapata y Nisimblat:

De conformidad con nuestro ordenamiento comercial, se consideró que la inexistencia se configura en todos los casos en que el acto no ha alcanzado su ser jurídico, a causa de la ausencia de uno de los elementos que resultan indispensables, por ser éstos esenciales para su formación, o debido también a la falta de formalidades que en determinados casos el legislador impone como requisito, *ad substantiam actus*, como sería la falta de consentimiento, de objeto o de causa, o la falta de las formalidades propias en los contratos solemnes.

En síntesis, y de acuerdo con lo anotado, la inexistencia opera sobre todo negocio jurídico cuando se verifica cualquiera de estas dos causas de inexistencia.

La primera tiene que ver con la falta o ausencia de un elemento esencial para la estructuración del negocio jurídico; por ejemplo, en el evento en que no haya

participación en las utilidades, no habrá sociedad. La otra causa hace referencia a la ausencia de una solemnidad exigida con sentido sustancial para la configuración del acto.

Por su parte, la figura de la ineficacia en sentido amplio cobija todas las situaciones en las que un contrato no llega a tener efectos jurídicos o pierde los que ha generado en razón de algún vicio. Sin embargo, la ley comercial ha regulado la ineficacia en una acepción más restringida.

La ineficacia tiene como objeto dejar sin efectos un negocio jurídico por presentar falencias o anomalías en su formación, sin que medie decisión judicial. La ineficacia, entonces, es simplemente la carencia de efectos del acto jurídico, que opera sin necesidad de declaración judicial (artículo 897 del C. de Co.) "Se trata, por tanto, de una sanción más severa y más eficaz que la de la nulidad absoluta (Zapata y Nisimblat, 1997, p. 110).

3.1 *Ineficacia de las condiciones generales y contratos de adhesión*

El punto fundamental es determinar cuál es el efecto o la consecuencia real que se le debe atribuir al contrato de consumo, cuando no se cumple a cabalidad con las exigencias sobre formalidades y documentación contempladas en la ley, siempre y cuando ellas sean sustanciales y no *ad probationem*. Se mostraron anteriormente las figuras que se desarrollan en nuestro sistema, como modalidades de sanción, para aquellos actos jurídicos que no cumplan los parámetros legales para su formación.

Primero se podría partir de la clasificación de los actos jurídicos. Según los requisitos legales que deben llenar para su formación, el artículo 1500 del Código Civil colombiano preceptúa: "El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas

formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento.

Pues bien, es pertinente señalar, con ánimo de aclarar el tema, que el Estatuto del Consumidor no contempla una consecuencia al contrato en su totalidad; esto quiere decir que las consecuencias que se generen por el incumplimiento de las formalidades que deben contener las condiciones generales y su aceptación no deben afectar la totalidad del contrato de consumo; es mas bien una ineficacia parcial.

Este análisis debe partir de la idea de que existen determinados actos jurídicos a los que la ley les ha atribuido el cumplimiento de varias formalidades, reglamentando diversos elementos que lo integran. Por tanto, es posible que se genere el debate si debe considerarse existente un acto jurídico cuando no ha observado plenamente todas las formalidades legales, siempre y cuando, se reitera, se trate de aquellas *ad solemnitatem*.

Ospina-Fernández y Ospina-Acosta (2009) plantean la posibilidad de que determinados actos puedan valer, habiéndose observado por lo menos parte de los requisitos exigidos; si bien en principio se puede decir que todos los requisitos formales deben ser cumplidos, so pena de que los actos queden viciados, para los doctrinantes este criterio no siempre debe ser absoluto, porque también es posible que algunos requisitos legales de forma solamente persigan la mayor claridad de los actos jurídicos, sin que la omisión afecte la totalidad del acto, pero en tal caso, la ley debe encargarse de declarar que la inobservancia de tales requisitos no debe afectar la validez del acto (p.235).

Analizando lo anterior a la luz de las disposiciones del E. C., es posible, albergar algunas soluciones. Sobre los efectos que genera la inobservancia de los requisitos, para formular las condiciones generales y los contratos de adhesión, en el artículo 37, último inciso, se dispone:

"Serán ineficaces y se tendrán por no escritas las condiciones generales de los contratos de adhesión que no reúnan los requisitos señalados en este artículo" (República de Colombia, Ley 1480 de 2011, 2011).

Como se observa de la redacción del artículo, la consecuencia de que las condiciones generales no cumplan con los requisitos para su formación es su ineficacia, pero adicionalmente reza que se tendrán por no escritas, lo que hace suponer que estas no podrán hacerse valer frente al consumidor, como si fueran inexistentes.

En artículo 898 del Código de Comercio colombiano consagra la figura de la inexistencia así: "Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales". Tanto la ineficacia como la inexistencia operan de pleno derecho; así lo establece el artículo 897 del mismo Código: "Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial"

Interpretando la disposición del E. C. cuando establece "Serán ineficaces y se tendrán por no escritas", con los presupuestos que plantea la ley mercantil, la conclusión lógica es pensar en la ineficacia como sanción, cuando las condiciones generales no cumplan con las exigencias requeridas para su formulación, ya que hablar de inexistencia nos llevaría a un escenario de imposibilidad de demandar el cumplimiento por parte del consumidor, situación a todas luces inconveniente.

Aquí nos encontramos con una imprecisión del E. C., ya que en su artículo 44 se declara: "La nulidad o ineficacia de una cláusula no afectará la totalidad del contrato, en la medida en que este pueda subsistir sin las cláusulas nulas o ineficaces, Cuando el contrato subsista, la

autoridad competente aclarará cuáles serán los derechos y obligaciones que se deriven del contrato subsistente".

Por otro lado, sobre la suerte que corre el contrato, es claro en este punto el artículo 44 del E. C.: "La nulidad o ineficacia de una cláusula no afectará la totalidad del contrato, en la medida en que este pueda subsistir sin las cláusulas nulas o ineficaces". El contrato de consumo no tiene por qué verse afectado por la ineficacia de sus cláusulas o las condiciones.

3.2 Importancia de documentar el contrato de consumo

Se entiende por documentación, la plasmación de las declaraciones de voluntad contractuales en instrumentos aptos para recibirlas, conservarlas o transmitirlos. En sentido escrito y jurídicamente hablando, los documentos son escritos o escrituras que, según las circunstancias, pueden plasmar del contrato mismo, o, por el contrario, un instrumento añadido posteriormente a un contrato preexistente. Este último es el caso de aquellos documentos que plasmen las operaciones de consumo que surgen con posterioridad a la formación del contrato, por ejemplo, los recibos que se expiden cuando se hacen exigibles las garantías¹².

Según lo señala Díez-Picazo (2007), por documentación de un contrato se debe entender la operación o conjunto de operaciones necesarias para plasmar y recoger documentalmente las declaraciones de voluntad que forman la esencia del contrato (p.194). Tradicionalmente se han contemplado dos significados importantes a los documentos, por un lado la función *ad solemnitatem*, según la cual, el documento cumple el papel de presupuesto de la existencia misma del contrato y por consiguiente de su validez. La documentación puede aparecer como un requisito de validez, cuando la ley imponga necesi-

¹² Estatuto del consumidor. ley 480 de 2011 de Colombia: Art.12. Se hace exigible la expedición de constancias de recibo y reparación de los productos cuando se hagan efectivas las garantías.

riamente la forma documental, como requisito de validez o de eficacia del negocio, o cuando las partes hayan convenido que el contrato solo quedará perfeccionado y existirá en el momento de otorgarse el documento (p. 296).

Por otro lado, está la función *ad probationem*, donde el documento no es otra cosa que un documento que facilita la prueba de la existencia y contenido de todo el contrato, que se presupone ya con anterioridad celebrado. Siguiendo la línea argumentativa, cuando hacemos alusión a la documentación del contrato de consumo, es posible visualizar la aplicación de la función *ad probationem*, entendiendo la documentación, como el medio idóneo para probar tanto el contenido del contrato, como todas las operaciones de consumo que se lleven a cabo. Cabe aclarar desde ahora, que la función *ad solemnitatem* podría tener igualmente alguna incidencia dentro del contexto de los requisitos de incorporación de las condiciones generales y la aceptación de los contratos de adhesión, como se pasará a explicar.

3.2.1 El documento que soporta la aceptación de las condiciones generales del contrato por parte del adherente

Tal como se ha venido explicando, cuando se celebren contratos de adhesión el productor deberá dejar constancia escrita de la aceptación del adherente a las condiciones generales, donde consten todos los términos de la operación (artículo 39 del E. C). Textualmente se dispone: "El productor deberá dejar constancia de la aceptación del adherente a las condiciones generales".

Solo dicha constancia, tiene la idoneidad de demostrar que existió aceptación de las condiciones generales. Frente a la redacción del artículo, podría pensarse que esta documentación tiene como objetivo simplemente confirmar la aceptación de las condiciones de un contrato ya celebrado, es decir, que su función es simplemente probatorio.

3.2.2 El documento como prueba del contenido de las condiciones generales de la contratación y demás operaciones de consumo

Existe el caso donde los documentos no aparecen como presupuesto de existencia, sino que cumplen una función de fijar y reproducir como medio de prueba el contenido y desarrollo de un contrato (Díez-Picazo, 2007, p. 302). Sin embargo, aun cuando en el contrato de consumo estos documentos no sean presupuesto de existencia, sí existe una obligación de expedirlos por parte del productor y/o distribuidor en determinadas circunstancias por disposición de la ley:

3.2.2.1 Constancia escrita de los términos de la contratación

Es de anotar que, el estatuto del consumidor deja abierta la posibilidad para que el contrato de consumo se formule por medios escritos o de manera verbal¹³. Lo anterior no obsta para que el proveedor y/o distribuidor conserven la obligación de guardar constancia escrita de todas las condiciones generales y los términos de la operación, cuando se celebren contratos de adhesión¹⁴, independientemente del medio utilizado para la formación del contrato que las contiene.

Así las cosas, el documento donde figuren todos los términos y las condiciones generales se convierte en un instrumento de fijación y reproducción del contrato, de gran utilidad, máxime cuando la ley exige unos requisitos en la formulación de las condiciones generales, y se cristalizan como el medio más idóneo para probar o que dichas condiciones fueron formuladas de acuerdo con la ley o que, por el contrario, no cumplieron los requisitos, lo que genera como consecuencia un incumplimiento que confluye en la ineficacia de dichos términos.

¹³ Salvo algunas disposiciones o cláusulas contenidas en un contrato que obligativamente deben pactarse de forma escrita, independientemente del medio utilizado para exteriorizar el contrato que las contiene.

¹⁴ Estatuto del Consumidor. Ley 1480 de 2011 de Colombia: Art 39.

Así, ante un eventual proceso donde se discuta la eficacia y validez de las condiciones incorporadas al contrato, serán los documentos que las contengan los que muestren de manera incuestionable si se cumplió con tales formalidades.

3.2.2.2 *Constancias de cualquier operación de consumo*

El artículo 27 del E. C. establece el derecho que tiene el consumidor a exigir a costa del productor o proveedor constancia de toda operación de consumo que realice. La factura o su equivalente, expedida por cualquier medio físico, electrónico o similares podrá hacer las veces de constancia. Adicionalmente agrega el artículo: *su presentación no será condición para hacer valer los derechos contenidos en esta ley.*

3.2.2.3 *Constancias escritas de recibos y reparación*

Cuando se entregue un producto para hacer efectiva la garantía, el garante o quien realice la reparación en su nombre deberá expedir una constancia de recibo conforme con las reglas previstas para la prestación de servicios que suponen la entrega de un bien, e indicará los motivos de la reclamación (artículo 12 del E. C.). Dicha constancia debe indicar: (i) descripción de la reparación efectuada; (ii) Las piezas reemplazadas o reparadas; (iii) La fecha en que el consumidor hizo entrega del producto; (iv) La fecha de devolución del producto.

CONCLUSIONES

Tal y como se dejó demostrado a lo largo de este escrito, en materia de derecho de consumidores, el legislador ha introducido una serie de normas que imponen deberes y comportamientos adicionales al empresario; esto con el único fin de equilibrar el balance de la relación negocial, que se entraba con los consumidores. Estos deberes comportan límites ya sea formales (cumplimiento de formalidades) o de fondo (por ejemplo con un listado de cláusulas abusivas) a la libertad de configuración del contrato.

En cuanto a los límites formales, esto es, frente a la exigencia de solemnidades y formas documentales especiales en el contrato de consumo, se legitima esta limitante al principio general de consensualidad, en la medida que dada la condición de asimetría existente entre los empresarios y los consumidores, es menester permitirles a estos últimos, un acceso previo a las condiciones del contrato. Esto con la finalidad de que puedan formar su consentimiento de forma libre, informada y reflexiva.

Además de lo anterior, surgen exigencias en cuanto a la prueba de ciertos elementos fundamentales; de allí la necesidad de documentar situaciones como la manifestación expresa del consentimiento, la realización de la transacción y las condiciones de la misma, deberes todos que corresponden al empresario, y que constituyen en forma correlativa, un derecho del consumidor; esto porque es mucho más eficiente imponer esta carga al empresario que trasladarla al consumidor.

BIBLIOGRAFÍA

- Arrubla, P. (2012). *Contratos mercantiles: teoría General del negocio Mercantil*. Bogotá: Legis.
- Bercovitz, R. (2009). *Tratado de contratos*, Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Bercovitz, R. & Bercovitz, A. (1987). *Estudio jurídico sobre protección a los consumidores*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Bravo, A. & Bravo, B. (1996). *Derecho romano*. Buenos Aires: Porrúa.
- De Castro & Bravo, F. (1985). *El negocio jurídico*. Madrid: Editorial Cavitas S.A.,
- Diez-Picazo, L. & Gullón, A. (2001). *Sistema de derecho civil* (Novena Edición). Madrid: Editorial Tecnos.
- Díez-Pcazo, L. (2007). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. España: Aranzadi.
- García-Pita & Lastres, J. (2010). *Derecho mercantil de las obligaciones*, Tomo II. Barcelona: Editorial Bosch S.A.
- Gete, A. (2008). *Estudios sobre el contrato*. Barcelona: Editorial Atelier.

- Miquel, J. (1996). *Reflexiones sobre las condiciones generales*. Madrid: Editorial Alfaro.
- Monsalve, V. (2013). La responsabilidad precontractual con ocasión al incumplimiento de la obligación de información en el nuevo estatuto de consumo (NEC). En: J. Gual & J. C. Villalba (Dir.). *Derecho del consumo: problemáticas actuales* (pp. 232-265). Bogotá: Ed. Ibáñez.
- Orduqui, G. (2012). *La buena fe contractual*. Bogotá: Editorial Ibáñez.
- Ospina-Fernández, G. & Ospina-Acosta, E. (2009). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Colombia: Editorial Temis.
- Plata, L. C. (2013). La protección a los consumidores en el comercio electrónico: retos y perspectivas. En: J. Gual & J. C. Villalba (Dir.). *Derecho del consumo: problemáticas actuales* (p. 389-416). Bogotá: Ed. Ibáñez.
- Plata, L. C. & Monsalve, V. (2011) Criterios para la interpretación de los contratos de condiciones Uniformes, una estrategia para la reconstrucción de equilibrio jurídico y económico del contrato. En (Dir.). *Temas actuales en derecho y ciencia política* (206-227). Barranquilla: Editorial Universidad del Norte.
- Plata, L. C. & Monsalve, V. (2014). 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 de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Volumen 44, (Número 120)*, pp. 17-46. Universidad Pontificia Bolivariana.
- Remolina, N. & Flórez, M. (2013). Consumidor y comercio electrónico. En J. Gual & J. C. Villalba (Dir.). *Derecho del consumo: problemáticas actuales* (pp. 360-385). Bogotá: Ed. Ibáñez.
- República de Colombia. (2011). *Ley 1480 de 2011, por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor*. Bogotá: Colombia.
- Vásquez, A. (2001). *Acto jurídico*. Lima: Editorial Moreno.
- Villalba, J. C. (2011). Los contratos de consumo en el derecho colombiano y en el derecho comparado. *Revista Facultad de Ciencias Económicas: Investigación y Reflexión, Volumen XIX, (Número 2), diciembre de 2011*, pp. 171-195. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- Zapata, P. & Nisimbial, M. (1997). Integración de las normas comerciales y civiles en materia de obligaciones y contratos: interpretación del artículo 822 del Código de Comercio. *Revista de Derecho Privado, (Números 19/20), Junio de 1997*, pp. 65-116. Bogotá: Universidad de los Andes.