

COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Herrera-Tapia, B. y Álvarez-Estrada, J. (2015). El mercado y la libertad contractual de los consumidores en los contratos por adhesión. *Revista Jurídicas*, 12 (2), 26-41.
DOI: 10.17151/jurid.2015.12.2.3.

Recibido: 20 de julio de 2015
Aprobado: 08 de septiembre de 2015

EL MERCADO Y LA LIBERTAD CONTRACTUAL DE LOS CONSUMIDORES EN LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN*

BELINHA HERRERA-TAPIAS**
JASSIR ÁLVAREZ-ESTRADA***

RESUMEN

El contrato concebido en el marco del individualismo liberal se convirtió en el resultado final de un proceso de oferta y aceptación que iba moldeando la expresión de dos voluntades que procuran garantizar sus intereses a la vez que buscan materializar el acuerdo. Sin embargo, los procesos de producción en serie, la economía de mercado, la evolución tecnológica y la sociedad de consumo generaron transformaciones que desembocaron en la proliferación de una nueva institución contractual: el contrato por adhesión.

Las estructuras adhesivas implican restricciones al principio de libertad contractual y de la autonomía privada de los individuos, por lo que la intervención estatal en la materia se ha hecho necesaria para frenar los abusos que pudieran presentarse. Este artículo presenta una reflexión sobre la posibilidad de que el mercado pueda solucionar los problemas originados en la falta de libertad contractual de los

consumidores en este tipo de esquemas contractuales. Se toman como base varios de los argumentos de los teóricos del análisis económico del derecho; de igual forma se expresa la imposibilidad de que el mercado pueda reemplazar a la libertad contractual y la insuficiencia de este para paliar las consecuencias derivadas de ello.

PALABRAS CLAVE: contrato por adhesión, libertad, mercado, fallas.

* Este documento, como artículo de reflexión, es producto de los resultados obtenidos en la investigación denominada: "El Estado económico constitucional"; desarrollada en la línea de asuntos mercantiles y financiada del Grupo de investigación "Derecho, Política y Sociedad" de la Universidad de la Costa CUC.

** Doctoranda en Derecho. Universidad de la Costa, Barranquilla, Colombia. E-mail: bherrera3@cuc.edu.co.
ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-5974-7040>

*** Magíster en Derecho Mercantil. Universidad de la Costa, Barranquilla, Colombia.
E-mail: jalvarez18@cuc.edu.co.
ORCID: <http://orcid.org/0000-0012-7724-2671>

MARKET AND CONTRACTUAL FREEDOM OF CONSUMER ON ADHESION CONTRACTS

ABSTRACT

The contract conceived in the framework of liberal individualism became the final result of an offer and acceptance process which was shaping the expression of two wills that seek to ensure their interests while seeking to seal the deal. However, the processes of mass production, the market economy, the technological developments and the consumer society generated transformations that led to the proliferation of a new contractual institution: the adhesion contract.

The adhesive structures involve restrictions on the principle of freedom of contract and private autonomy of individuals, reason why government intervention in this area has become necessary to prevent abuses that may occur. This article presents a reflection on the possibility that the market can solve problems arising in the absence of consumer's contractual freedom in this kind of contractual arrangements. Several arguments of theorists of the Economic analysis of Law are taken as starting point, and the impossibility of the market to replace contractual freedom is shown, as well as its failure to alleviate its consequences.

KEY WORDS: adhesion contract, freedom, market, failures.

INTRODUCCIÓN

Para Puig Brutau (1988), el derecho de los contratos es seguramente la rama del derecho privado donde se manifiesta con mayor intensidad el predominio de la autonomía privada sobre la regulación estatal. Ballesteros (1999), por su parte, afirma que muchas de las reglas legales existentes en la materia son de carácter dispositivo; exceptuándose aquellos casos (cada vez más numerosos) en los que resulta ineludible una regulación coercitiva por parte del Estado para imponer reglas de tipo general.

Esto se debe a que el derecho contractual deriva su poder jurígeno de la facultad que tenemos todos los particulares para autorregular las relaciones e intereses propios; pues, siguiendo los postulados de la autonomía privada, la libertad es parte esencial de la naturaleza del hombre y por lo tanto este no puede obligarse más que por intermedio de su propia voluntad. Asimismo, la voluntad es creadora del contenido y los efectos del contrato (Stiglitz y Stiglitz, 1985). La autonomía privada es considerada un elemento de la libertad en general al ser la facultad que poseemos para crear, modificar o extinguir mediante la expresión del querer una situación de derecho siempre que esta persiga un objeto lícito. Mediante esta expresión de la voluntad consciente nos vinculamos y obligamos en un contrato; a su vez, es mediante la voluntad general consagrada en la norma legal como se protegen las obligaciones surgidas de aquel; de modo que la función primordial del derecho de los contratos es garantizar el cumplimiento de lo pactado y procurar que esto sea fruto de una verdadera libertad, protegiendo en este sentido el orden social (Ballesteros, 1999).

Ahora bien, el llamado orden social y el ámbito socioeconómico en el que se encuentra inmersa la libertad contractual de los consumidores ha de buscar la corrección de las insuficiencias que afectan al mercado para restablecer el equilibrio entre los actores y sus respectivos poderes; ya que es claro que en el dinamismo generado por el mercado, las partes intervinientes empresario-consumidor no están en posiciones equilibradas ni persiguen los mismos fines: uno busca controlar sus costos marginales, a la vez de mantener su utilidad económica; mientras otro, busca satisfacer necesidades primarias con bienes y servicios de calidad y a precios justos. Esto también exige una acción positiva por parte del Estado en garantía de los consumidores, bajo el supuesto de que el mercado no puede garantizar en determinadas situaciones un consumo digno, lo que a la postre requiere la implementación de políticas de defensa efectiva del consumidor creando un vínculo directo entre el mercado y los derechos sociales el cual se adentra en el discurso ideológico de la autonomía privada, el solidarismo económico y la conveniencia o no de la intervención del Estado y el derecho en las relaciones socioeconómicas (Arango, 2005).

Así las cosas, los análisis contenidos en este artículo son producto de la investigación: “Cambios introducidos por la Ley 1480 de 2011 para la protección de los consumidores/usuarios en Colombia”; llevada a cabo dentro de las directrices de

la Convocatoria 617 de COLCIENCIAS, iniciada en 2013 y terminada en diciembre de 2015. En esta investigación se analizaron varias problemáticas relacionadas con la temática de estudio, entre estas la presente, enmarcada dentro del siguiente problema de investigación: ¿puede el mercado reemplazar la libertad contractual de los consumidores en los contratos por adhesión? Para dar respuesta a dicho interrogante, este trabajo se estructuró en cuatro apartados: en los dos primeros se describe brevemente el contexto filosófico y jurídico en el cual se ha concebido la relación entre la autonomía privada y el contrato por adhesión. En los dos últimos apartados se analizan los argumentos de quienes defienden la posición de que el mercado puede corregir los desequilibrios del contrato por adhesión; por último, en las conclusiones se confrontan estos argumentos con lo que evidencia la realidad mercantil y se fija una posición definitiva al respecto.

En las conclusiones se aplicó una metodología de tipo descriptivo, con un enfoque cualitativo, utilizando el método hermenéutico-analítico (Arráez et al., 2006); permitiendo al estudio conjugar datos teóricos y legales, en la búsqueda de una interrelación entre la realidad práctica que el mercado impone al consumidor y la realidad legal que pretende establecer garantías de cumplimiento de los roles del derecho y el Estado conforme a la necesidades socioeconómicas.

AUTONOMÍA PRIVADA, CONTRATO Y LIBERTAD CONTRACTUAL

Si la economía fluctúa de acuerdo con los intereses y la eficiencia individual de cada uno de los participantes en el mercado, sin intervención de ningún tipo puesto que el mercado es capaz de autorregularse, entonces en materia contractual la autonomía privada —entendida en el sentido más amplio posible— será capaz de producir resultados similares. A partir de esta construcción filosófico-jurídica, el contrato como herramienta de regulación de los intercambios originada en el libre ejercicio de la voluntad de los contrayentes quedaba elevado a la categoría de ley privada; más aún, como lo señala Kessler (1943), esta ley causada en la intencionalidad de las partes está por encima de las normas jurídicas que deben permanecer *ius dispositivum*. Es decir que su aplicación también debe depender de la voluntad de las partes ya sea porque así lo decidieron o por su negligencia u omisión para regularlo de forma distinta. El postulado de la autonomía privada¹

¹ Preferimos la expresión “autonomía privada” a la quizás más utilizada de “autonomía de la voluntad”, pues como lo advierte de Castro (1949) el término “autonomía de la voluntad” ha venido siendo criticado desde los tiempos de Savigny. El uso de la frase, en el sentido de autodeterminación de la persona individual, no corresponde a su sentido etimológico que proviene de *nomos* (ley) y *autos* (propio, mismo). Similar opinión ha sido expresada por Díez-Picazo y Gullón, quienes con justeza también objetan la designación de “autonomía de la voluntad” al indicar que con esta expresión no deja de incurrirse en algún equivoco. Ello en virtud de que no es la voluntad sino la persona la que goza de autonomía en cuanto a tal; es decir que el sujeto de la autonomía no es la voluntad, sino la persona como realidad unitaria. De la Puente y Lavalle (1983) hacen un juicioso estudio sobre ambas expresiones y nos dicen: “la expresión autonomía privada no siempre ha sido plenamente acogida, y la literatura jurídica ha preferido utilizar el término autonomía de la voluntad, por entender que la facultad de autorregularse, que es el contenido de la autonomía, se confiere a la voluntad humana” (p. 260).

no solo servía para permitir a los particulares la regulación de sus propios intereses en el marco de una especie de esfera privada donde cada uno de ellos era libre de perseguir su bienestar individual, sino que también servía para justificar el cumplimiento de los acuerdos realizados. Así, para Demogue (1923), los pactos convenidos por los particulares en ejercicio de su autonomía son aceptados por la ley en cuanto implican una colaboración a la realización de los intereses colectivos y a la vez son irrevocables porque así lo exige la seguridad social.

El principio de la autonomía privada alcanzó su cenit en los años del liberalismo decimonónico y se materializó con toda amplitud en los primeros códigos surgidos a través del auge de la legislación positiva con el Código Francés de 1809 a la cabeza. El liberalismo exacerbó el reconocimiento de la libertad individual de los particulares, oponiendo a los dictados del poder del Estado un espacio de soberanía propio para las personas en el que este no tuviera injerencia; a menos, que razones de interés público así lo ameritaran. Los acuerdos tendrían valor por la sola razón de haber sido así, querido por los interesados, con independencia de su contenido debido a que existe una garantía de justicia que deriva de la misma voluntariedad del pacto; pues resulta claro que nadie se obligará a aquello que le resulte perjudicial. Los humanos siempre actuamos en la búsqueda de un interés propio, por lo que existe una idea de justicia implícita en el fundamento de obligatoriedad del contrato; por cuanto nadie mejor que uno mismo para reconocer lo que más le conviene o favorece, sin necesidad de que el Estado deba inmiscuirse para revisar el contenido de cada acuerdo puesto que ello implicaría una invasión al ámbito de la privacidad (Larenz, 1958).

Esta libertad en materia contractual se convirtió en una de las expresiones más importantes, sino la más, de la autonomía privada y conllevó al reconocimiento por parte del Estado de una esfera de poder propia de los individuos; de modo que las personas puedan regular sus relaciones contractuales por su cuenta y donde el poder estatal debe limitarse a garantizar, mediante su normativa, el cumplimiento de dichas relaciones voluntariamente aceptadas y generadoras de efectos vinculantes. En otras palabras, si bien la libertad contractual significa el reconocimiento para los individuos de una zona que podríamos llamar 'soberana' dentro de la cual son libres para regular como a bien tengan sus relaciones particulares (con las excepciones igualmente previstas por la ley), según Stromholm (1989), también significa la intervención positiva del Estado para sancionar el incumplimiento de las partes a lo pactado: en otras palabras, el Estado tiene injerencia para darle fuerza legal a lo pactado por medio de su poder coercitivo. La noción de la autonomía privada como eje de los efectos del contrato, sería perfeccionada por la filosofía utilitarista bajo la tesis del interés positivo. No es el contenido de la norma legal lo que determina el cumplimiento de los efectos del contrato; en realidad, la legislación no regula sobre los fines de las acciones individuales sino sobre los medios en la medida en que aquella —la legislación— es una acción gubernamental que para su

realización debe afectar en mayor o menor grado a los miembros de la comunidad (Araujo, 2000); claro está, que interesa más al hombre el cumplimiento de los acuerdos que llega a celebrar que su incumplimiento debido a que al producirse este último decae la confianza que merece a sus semejantes y en definitiva es él mismo quien se perjudica (Soto y Mosset, 2009). Kessler (1943), en su famoso ensayo clásico sobre la libertad contractual, retoma parte de este argumento cuando afirma que el comportamiento racional en el contexto de la cultura solo es posible si los acuerdos son respetados. Se requiere que las expectativas razonables creadas por las promesas reciban la protección del derecho o de lo contrario sufriremos el destino de los trogloditas de Montesquieu, los cuales perecían porque no cumplían sus promesas.

En sus inicios el principio de la autonomía privada y la libertad contractual solo estaban limitados por la noción de orden público y la moral, limitación que en el Código Civil francés está consagrada en el artículo 6 que establece: “no se pueden derogar por convenciones particulares las leyes que interesen al orden público y a la moral” (Ripert, 1949, p. 41). El Código Civil colombiano (2010) consagra en su artículo 6 una regla parecida, si bien expresada en una redacción diferente e incompleta: “en materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa”; la aparente contradicción que existe entre el reconocimiento de esta noción de libertad y los límites que la misma ley le impone, es explicada en términos sencillos por Scognamiglio (1971) al afirmar que:

la cuestión de principios no da lugar a especiales dificultades: la noción de libertad y autonomía no puede asimilarse a la de mera arbitrariedad, por lo cual, y sin contradecirse, siempre presupone límites, ante todo aquel básico respeto por los intereses ajenos. En concreto resulta natural explicar cómo la actividad de los particulares en el campo contractual, permaneciendo libre, ha de someterse a la disciplina dictada por el ordenamiento que le impone una serie de cargas y límites, a los cuales han de ajustarse sin vacilaciones los interesados, si es que quieren alcanzar sus propias finalidades dentro del derecho. (p. 17)

La libertad contractual implica decidir si se contrata o no; establecer la contraparte en el contrato; escoger la figura *iuris*; determinar el medio o forma de expresión y estipular en forma libre el contenido contractual, lo que algunos llaman libertad de la configuración interna del contrato (Hinestrosa, 2002). Desde la misma aparición del Código de Napoleón la relevancia de la figura era notable y se le atribuyen las siguientes consecuencias: (i) el derecho de contratar y también el de no contratar; (ii) la posibilidad de que las partes libremente y en un plano de igualdad, discutan el contenido del contrato; (iii) la posibilidad de escoger el tipo contractual más conveniente; (iv) escoger o seleccionar las formas por las cuales la voluntad se

exteriorizará; (v) respetando las restricciones impuestas por el orden público, el Estado debía vigilar el respeto al contrato como si se tratara de una ley (Stiglitz y Stiglitz, 1985; Ripert, 1949)².

CONTRATO POR ADHESIÓN Y RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL DE LOS CONSUMIDORES

Con el advenimiento y luego con la generalización *ad infinitum* de los esquemas de contratación por adhesión a condiciones generales, la libertad contractual ha sido puesta en tela de juicio. En efecto, para aquel que actúa como adherente en este tipo de contratos, la posibilidad de estipular la configuración interna del contrato es una quimera inalcanzable. Quien adhiere no puede ejercer a plenitud el derecho a su libertad contractual, ya que no interviene ni participa de modo alguno en la redacción del contenido del contrato; sin embargo, y contra toda evidencia de la realidad material (que muestra un severo debilitamiento de la misma), se sigue utilizando esta expresión porque como anota Rescigno (2001) “se considera que el nombre todavía tiene razón de utilizarse” (p. 114).

El predominio de los contratos por adhesión ha significado el fin de la llamada soberanía del contrato, así a partir de la masificación de las relaciones contractuales se hizo ostensible que los principios del sistema del individualismo liberal no eran suficientes para la regulación de los contratos con clausulado predispuesto. La autonomía privada como centro de gravedad de la teoría clásica del contrato comenzó a hacer agua por todos lados. Por una parte, la supuesta igualdad en la que se desarrollaban las relaciones contractuales no era más que un espejismo que se quedaba en un fundamento puramente teórico; tal vez, en el plano jurídico y en el civil las partes estuvieran en un plano de igualdad; pero, como dice Ripert (como se citó en Stiglitz y Stiglitz, 1985), las fuerzas eran desiguales puesto que predominaba la potencia de aquel que concentraba el poder de negociación para imponer *su ley*. Por otra, la teoría se construyó sobre una premisa inexacta: la supuesta equivalencia entre persona humana y persona jurídica (Stiglitz y Stiglitz, 1985), por ello poco a poco se fue desmoronando en la medida en que se hizo visible el papel cada vez más preponderante de las empresas en las relaciones económicas y en sus correspondientes relaciones jurídicas.

A esto debemos agregar que el sistema jurídico imperante en materia de contratos en muchos de los países data del siglo XIX y responde a las circunstancias sociales, económicas y políticas de dicho momento histórico; no obstante, resulta por

² Se destaca que en un principio estas restricciones solo estaban constituidas por el orden público y las buenas costumbres y que fueron los comentaristas del Código Francés, sobre todo la jurisprudencia, quienes a partir de sus esfuerzos permitieron ampliar el abanico de hipótesis limitativas entre las que destacan: el enriquecimiento sin causa; la lesión enorme; la excesiva onerosidad sobreviniente; la imprevisión; la infracción de normas imperativas y la protección del débil.

completo insuficiente para regular las situaciones de desequilibrio creadas por la sociedad de consumo y la contratación en masa; además, se ha revelado impotente para poder restablecer las relaciones negociales a un marco de igualdad. La consolidación de la empresa en el lado fuerte de la ecuación contractual le permitió imponer sus condiciones. El individuo ha perdido su libertad para determinar el contenido de los contratos, el contratante con superioridad económica no le permite la discusión de los esquemas que regirán sus relaciones hacia el futuro (Arrubla, 2007). Las consecuencias del principio de libertad contractual en un régimen de desigualdad económica se han hecho sentir con severidad.

Hoy en día, es evidente que la libertad contractual exhibe un ostensible menoscabo; probablemente, las causas deban buscarse en los cambios que han afectado el mecanismo de formación de los contratos. El contrato libremente negociado, aquel cuya redacción era el fruto del consenso entre las partes intervinientes, aún subsiste; pero su espacio es cada vez menos visible, incluso podríamos decir que es microscópico. En su lugar asistimos al reino del contrato por adhesión con sus contenidos impuestos y predeterminados y con el agudo debilitamiento de la “sustancia consensual” (Santos, 1966); la cual en la mayoría de los casos elimina de un tajo la libertad contractual, incluso desde las tratativas preliminares o *iter contractus*. Los económicamente más fuertes llámense personas jurídicas, sociedades anónimas, grupos empresariales, imponen sus condiciones a los consumidores económicamente débiles confeccionando verdaderos monopolios de hecho o de derecho donde estos últimos solo pueden aceptarla o rechazarla; corriendo el riesgo, en este último caso, de no poder satisfacer sus necesidades más elementales. La libertad de configuración del contrato se concentra con exclusividad en uno solo de los contratantes; mientras que para el adherente dicha libertad solo existe para decidir si contrata o no, y en muchos casos ni siquiera conserva esta posibilidad de elección.

El principio de la libertad contractual, derivado del poder jurígeno emanado de la voluntad particular, ha cedido su lugar a otro —que podríamos denominar de la dependencia contractual— caracterizado porque aquellos que ostentan el mayor poder de negociación o la posición económicamente dominante imponen a los consumidores los dictados de su arbitrio privado. Los resultados que produjo el régimen de libertad contractual durante el siglo XX dejaron claro que uno de los grandes problemas de la libertad transita por la posibilidad de formar una voluntad independiente de la dominación externa; en otras palabras, en un mundo donde cada vez es más evidente que sin libertad económica no se tiene ningún otro tipo de libertad (Sen, 2009)³, hablando en un plano estrictamente jurídico, el contrato

³ Amartya Sen, premio Nobel de economía, explica con prolijidad la relación innegable que existe entre la libertad económica y todas las demás libertades de las que se suele decir ‘goza’ el individuo. A partir de su minucioso análisis, concluye que la libertad en materia económica se superpone a todas las demás y que existe una relación causa-efecto entre la carencia de medios económicos y la falta de todo tipo de libertades tales como la educativa, la laboral o incluso la electoral.

por adhesión se ha encargado de demostrar que sin un mínimo de igualdad de poder entre las partes que lo ‘celebran’ es imposible hablar de libertad contractual.

En estos tiempos, el contrato de adhesión es el idioma universal de las transacciones contractuales que se celebran con consumidores tal como lo anota Little (1997):

Millions of standardized adhesion contracts are used every day. They are neither inherently wrong nor automatically invalid. Adhesion contracts, however, possess the potential for abuse. The potential for abuse arises because the terms are drafted unilaterally and do not reflect a mutual agreement of the intentions of the parties. Kessler warned that standard contracts could become powerful instruments in the hands of the industrially and commercially powerful, “enabling them to impose a new feudal order of their own, upon a host of vassals”. Courts have, therefore, scrutinized and sometimes invalidated adhesion contracts, finding them unfair, unconscionable or violative of public policies. (p. 1425)

El anterior razonamiento también es válido para la realidad de nuestros países latinoamericanos, en los que tradicionalmente los límites al principio de la autonomía privada estaban representados por el orden público o las buenas costumbres; criterio que resultó insuficiente como se encargó de demostrarlo la economía de mercado. Las relaciones económicas de la modernidad dejaron categóricamente en claro que, con unos límites tan amplios para la autonomía privada, los grandes empresarios seguirían beneficiándose de un régimen perverso en detrimento de los consumidores —e incluso los pequeños empresarios— que estarían sometidos a unas condiciones inequitativas donde el abuso y la injusticia serían el pan de cada día.

Un reciente laudo arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá (2007), ejemplifica esta situación:

la autonomía privada que hasta hace unos años se exhibía como un principio fundamental y casi que absoluto del mundo de la contratación, cada día tiene limitantes fundadas no solamente en razones de orden público o en las buenas costumbres, sino en el equilibrio comercial que debe existir en la vida económica de un Estado. (p. 21)

Esto resulta aún más delicado cuando entendemos que las relaciones económicas, hoy en día, se hacen bajo el marco de la economía de consumo; donde para la casi totalidad de la población mundial es obligatoria la satisfacción de sus necesidades básicas a partir de la obtención de los bienes y servicios que se ofertan en el mercado. No hay manera de sustraerse del fenómeno del consumo, la noción de consumidor indica el punto terminal del proceso de intercambio de mercaderías

y servicios dado que ambos se adquieren para la solución de necesidades materiales o espirituales y no para recolocarlos en el mercado (Rinessi, 2006). Consecuencia de ello es la recurrente presencia en el mercado de situaciones de disparidad de poder, el consumidor se encuentra en un plano de inferioridad innegable, y las estructuras mercantiles contemporáneas tienden a agudizar esta situación, a no ser que se tomen los correctivos que sean del caso.

Para quienes defienden a ultranza los postulados de no intervención estatal en los asuntos económicos, argumento este fuertemente embebido de las doctrinas económicas de corte neoliberal, no es necesario que el Estado tenga que intervenir mediante la elaboración de normas imperativas aplicables a las legislaciones sobre contratos o mediante la imposición de controles a los contenidos contractuales predispuestos. Lo anterior, se justifica puesto que el mercado es capaz de ajustar sus propios mecanismos autorreguladores. Es decir que cualquier ineficiencia que en términos económicos se desprenda del desequilibrio existente entre los sujetos que intervienen en las relaciones de mercado será corregida por el mismo mercado, en el entendido que quienes acceden al mercado con términos contractuales ineficientes van a ser castigados por aquellos competidores que lo hacen a partir de términos económicamente eficientes para los consumidores, lo que en últimas determinará una depuración de la oferta que se traducirá en mejor calidad de la misma y mejores condiciones para que los consumidores puedan adquirir productos de buena calidad al pagar un precio competitivo.

¿PUEDE EL MERCADO ACTUAR COMO CORRECTOR DE LA FALTA DE LIBERTAD CONTRACTUAL DE LOS CONSUMIDORES?

Existen quienes creen que el uso cada día más indiscriminado del contrato por adhesión a condiciones generales no representa el ocaso de la libertad contractual para los consumidores y a través de complejas construcciones teóricas han tratado de demostrarlo. En esta perspectiva encontramos varios estudiosos del *Common law*, y de la escuela del análisis económico del derecho, ellos alegan que existen buenas razones para sostener que la restricción de la libertad contractual no significa necesariamente que el contrato de adhesión deba ser satanizado. En consecuencia, afirman que no es cierto que la limitación de la libertad de una de las partes tenga repercusión negativa en la defensa de sus intereses y aseveran que en realidad nunca los contratantes tuvieron idéntico poder de negociación: uno de ellos siempre ha estado en ventaja, ventaja que le permite imponer sus condiciones; así, la tan defendida libertad contractual no pasaría de ser un mero ideal utópico.

Quienes defienden este tipo de apreciación ponen toda su fe en que el mercado puede garantizar que no se obtengan resultados injustos a partir del uso indiscriminado de este tipo de contratación; sus argumentos giran sobre la siguiente

premisa: si la principal función de la libertad contractual y la autonomía privada es la de permitir a los sujetos la autorregulación de sus relaciones económicas en aras a que puedan acomodarlas de la mejor forma posible a la satisfacción de sus intereses, entonces no hay problema alguno si aun excluyendo a los individuos de la discusión y la etapa formativa del contrato se puede obtener el mismo resultado que no es otro que la satisfacción de sus intereses con el máximo de beneficio para los consumidores. No importa la restricción que para la libertad contractual significa el contrato por adhesión, lo relevante es que los individuos pueden escoger libremente en el mercado la posibilidad que más conviene a su provecho individual (Alfaro, 1991; Barnett, 2002)⁴.

El objetivo que persiguen los defensores de esta idea es demostrar que el mercado puede actuar como factor corrector de la falta de libertad contractual y por consiguiente puede garantizar que se obtengan resultados benéficos para los consumidores/adherentes que no tienen influencia alguna en la elaboración de los contenidos contractuales. Patrick Atiyah (como se citó en Salazar, 2006), explica como el desarrollo de los mercados hacia situaciones de mayor competitividad obliga a una redefinición del principio de libertad contractual al igual que reevaluar la importancia de la negociación en determinadas transacciones y contratos. En escenarios en los que cada día aumenta más y más el volumen de oferentes, bienes y servicios en el mercado, y a la vez cada vez es más grande la demanda de estos bienes y servicios, nos acercamos a la situación de competencia ideal para la economía de libre mercado donde la oferta está en capacidad de reaccionar a todas y cada una de las expectativas de la demanda (Alfaro, 1991).

Siendo así las cosas, con mercados en niveles más competitivos, los sujetos de las relaciones económicas no necesitarían de negociación sobre el contenido de sus contratos; pues el propio mercado sería capaz de asegurar que cada uno de ellos obtuviera lo que más le conviene a la satisfacción de sus necesidades. Entonces, la negociación del contenido del contrato puede ser reemplazada por el mercado sin que los agentes tengan que sacrificar parte del provecho que legítimamente esperan obtener. La aplicación de estas ideas en el caso de los contratos por adhesión sugiere que, entonces, no importa la restricción que para la libertad contractual de los consumidores/adherentes pudiera significar la difusión cada vez más amplia de estos contratos puesto que el mercado es capaz de regular el contenido de los mismos (Posner, Landes y Kelman, 2011); por tanto, no necesariamente los efectos de este tipo de contrato son injustos para los consumidores.

⁴ Esto es lo que se denomina la posibilidad de autodeterminación que tiene un individuo en el mercado, y significa que el consumidor o adherente puede escoger entre varios predisponentes y seleccionar entre varias opciones la que más convenga a sus intereses.

Posner (2007) nos habla, en *Economic Analysis of Law*, sobre la explicación ‘siniestra’⁵ de los contratos por adhesión en el siguiente párrafo: el vendedor (empresa), se rehúsa a negociar por separado con cada uno de los posibles compradores, porque ellos no tienen otra elección distinta a aceptar sus condiciones. Esto no significa la falta de competencia en el mercado. Cuando un vendedor ofrece condiciones poco atractivas, un competidor, queriendo obtener las ventas, ofrecerá condiciones más atractivas. El proceso seguirá de este modo hasta obtener las condiciones óptimas. (p. 1134-1144)

Además, cuando estamos en mercados competitivos, la existencia en los contratos por adhesión de términos no favorables para el consumidor (adherente es el término utilizado por Posner) siempre vendrá de la mano con una rebaja por el precio a pagar. A mayor número de cláusulas desfavorables para el consumidor, mayor será la deducción que sobre el precio tendrá que hacer la empresa; por lo que resulta lógico que los contenidos de los contratos por adhesión, en su gran mayoría, sean óptimos y por lo tanto no se hace necesario ningún control diferente al que se realiza a través del mercado *per se* (Korobkin, 2006). El razonamiento estándar del análisis económico del derecho sugiere entonces que, si los consumidores se comportan de acuerdo con las asunciones de la teoría del comportamiento racional de los individuos, la operación del mercado le dará a las partes oferentes los incentivos para incluir solo términos eficientes en las formas contractuales (Goldberg, 1974; Salazar, 2006).

EL MERCADO Y SU IMPOSIBILIDAD PARA REEMPLAZAR LA LIBERTAD CONTRACTUAL EN LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN

El análisis de Akerlof (1970) sobre la venta de vehículos usados en los Estados Unidos demostró que cuando en el mercado hay información asimétrica entre productores y consumidores, difícilmente los consumidores pueden evitar ser víctimas de cláusulas favorables netamente a las empresas —e ineficientes en términos económicos—, lo que produciría contratos adhesivos de baja calidad. Cuando los consumidores de un producto o servicio no conocen de las características o calidades del mismo debido a que es costoso adquirir tal información entonces no podrán saber si, por ejemplo, un precio bajo significa un producto de mala calidad. Al tener un precio inferior al de la competencia, una empresa (con productos de mala calidad) obtendrá una mayor participación en el mercado. La competencia para poder reaccionar deberá bajar sus precios y por lo tanto su calidad; esto se traducirá en una baja de la calidad en el mercado, nunca en un efecto autorregulador para atenuar la falta de libertad de elección de los consumidores (Akerlof, 1970).

⁵ La explicación siniestra se opone a la ‘inocente’, según la cual la idea de contratar a través de contenidos pre-redactados evita a las empresas los costos derivados de la negociación y redacción de contratos por separado con cada posible contratante.

Son discutibles también los argumentos sobre la rebaja de los precios a obtener en contratos adhesivos con cláusulas desfavorables, pues estos no parecen del todo convincentes. En su artículo, “Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability”, Korobkin (2003) desarrolla un planteamiento teórico que al partir de la idea de falla del mercado contradice las predicciones de la tesis del mercado corrector; manifestando, por el contrario, como las empresas se benefician en mayor medida cuando presentan términos ineficientes en sus contratos por adhesión. Para llegar a esto explica que el análisis de Posner parte de una premisa inexacta: la de creer que tanto las empresas como los consumidores cuentan con información suficiente y completa sobre el contenido del contrato y las posibles eventualidades que pudieran presentarse durante su ejecución, sin necesidad de tener que pagar por ello grandes costos. La realidad contradice esta afirmación, expresando en cambio que la información sobre los términos contractuales de las empresas es costosa y difícil de obtener; y que los consumidores podrían entonces escoger, de manera racional, evitar comparar las ofertas de las diferentes empresas cuando perciben que los costos de ello resultan mayores que los beneficios que pudieran esperar (Korobkin, 2006). En la práctica, los consumidores carecen de la información necesaria para poder escoger entre la pluralidad de firmas oferentes; por lo que resulta difícil pensar que el mercado pueda garantizar que las empresas ofrezcan sus bienes y servicios mediante contratos por adhesión que no sean de baja calidad para los consumidores (Schwartz and Wilde, 1979, 1985)⁶.

Estas argumentaciones se sustentan con gran cantidad de estudios acerca del comportamiento de los consumidores en el mercado, demostrando que aun en un contexto competitivo es altamente improbable que existan consumidores que tomen sus decisiones basados en una comparación extensa de los atributos de determinados productos; es más, tratándose de contratos por adhesión, debemos tener en cuenta que estos han sido específicos hasta en los más mínimos detalles de la operación de intercambio (para la racionalización de costos de la empresa), por ello las empresas esperan que la gran mayoría de los consumidores “no tengan en cuenta” todos los aspectos del contrato al momento de hacer la comparación (Korobkin, 2006).

⁶ Schwartz y Wilde presentan una argumentación en la que intentan aplicar las conclusiones de los modelos de calidad de producto al tema de los contratos por adhesión. Para ellos siempre en el mercado las empresas pueden producir bienes de alta y baja calidad, y los costos marginales de la empresa varían según la calidad de los bienes que se produzcan, de lo que depende el precio final al que se ofrecen tales bienes a los consumidores. Estos últimos no poseen la información necesaria sobre estas variables (precio y calidad), por ello no pueden saber si los bienes a adquirir son competitivos o no. Schwartz y Wilde dividen los consumidores en dos grupos: a los primeros los llaman *No-Shoppers* (no compradores), que no pierden tiempo ni esfuerzo en la búsqueda de la combinación precio/calidad que más les convenga; y al segundo grupo lo llaman *Shoppers* (compradores), aquellos consumidores que sí conocen al dedillo la relación precio/calidad de los productos que les interesan y por ello pueden mejorar su beneficio. Los teóricos norteamericanos analizan el equilibrio del mercado en dos escenarios diferentes: cuando todos los consumidores prefieren comprar bienes de buena calidad y (ii) cuando todos los consumidores prefieren comprar productos de mala calidad. Del número de consumidores *shoppers* que lleguen al mercado depende que este pueda actuar como factor corrector de los contenidos del contrato por adhesión.

El análisis comparativo de todos los atributos relevantes para la decisión del consumidor de celebrar un contrato por adhesión requiere un gasto inmenso en términos de tiempo, esfuerzo y atención mental; así pues, en realidad, lo que se presenta en la mayoría de los casos es una escogencia basada solo en el precio o en consideraciones meramente aleatorias. En este sentido las empresas solo redactarán en sus contratos predispuestos cláusulas eficientes en aquellos parámetros que son de influencia a la hora de sopesar la decisión del consumidor para celebrar o no el contrato; los otros aspectos, donde las cláusulas podrán ser ineficientes o incluso vejatorias, el consumidor no los tendrá en cuenta y a partir de ellos la empresa podrá incrementar sus beneficios a costa de sus clientes; así, el mercado no puede corregir la limitación que para el consumidor significa su mínima libertad contractual.

CONCLUSIONES

La posibilidad de que el mercado pudiera corregir los problemas surgidos de la grave restricción que para la libertad contractual de los consumidores representa el uso del contrato por adhesión queda descartada, pues para que los adherentes en este tipo de contrato pudieran tener toda la información relevante para la celebración del mismo se necesitaría invertir demasiado tiempo y esfuerzo en la revisión de los diversos contratos ofrecidos; a lo que se suma la necesidad de leer y comprender en su totalidad los contenidos contractuales para poder hacer una verdadera selección en orden a la defensa de sus intereses. Si a esto le sumamos que en la gran mayoría de los casos los consumidores se encuentran en estado de compulsión, por la necesidad imperiosa de poder adquirir bienes y servicios necesarios para su subsistencia, tenemos entonces que es imposible que puedan detenerse en el estudio de las condiciones generales de tal o cual contrato de transporte, servicios públicos, compraventa y un largo etcétera.

La cuestión se complica, aún más, cuando nos alejamos de mercados enmarcados dentro de un contexto más o menos competitivo. Si echamos un vistazo al mercado colombiano, por ejemplo, las posibilidades de corrección que este ofrece son nulas desde todo punto de vista. De hecho, la contratación por adhesión se ha convertido en el mercado nacional en una poderosa herramienta para consolidar la posición empresarial e incluso para restringir la competencia. Lo que suele suceder en el contexto doméstico es que las empresas replican una tras otra las mismas condiciones generales en sus contratos de adhesión con variaciones mínimas y sin importancia entre un ofertante y otro. Al momento del consumidor escoger entre una empresa u otra, el único criterio importante para la gran mayoría de los colombianos es el precio. No pueden acceder a tener información representativa sobre los otros elementos importantes del negocio y las cláusulas contractuales no ofrecen ningún cambio entre una empresa u otra, así lo vemos reflejado a diario en actividades tales como la bancaria, aseguradora, transporte, comercio. A la falta de

libertad para la configuración del contrato le debemos sumar otra carencia más, a saber: la falta de información y claridad sobre el producto, bien o servicio y sobre las condiciones para la celebración del acuerdo.

El consumidor que se adhiere a un contrato con condiciones generales solo pone su firma al final del documento forzado por la necesidad de hacerlo para poder obtener el producto o servicio que contrata como un acto mecánico, desprovisto de significación, puesto que desconoce la utilización que el empresario pretende darle y no hay nadie dispuesto a explicárselo; no se puede decir entonces que esta clase de comportamiento se haga, amparado por cualquier tipo de libertad contractual ni nada parecido. El consumidor es incapaz de ejercer su soberanía en el mercado y carece de control sobre los mecanismos de la oferta y la demanda (en realidad los consumidores solo podrían influir en las condiciones de la oferta si tuvieran información, conocimiento y la posibilidad de ir de un ofertante a otro); además, ya se han demostrado las imperfecciones del mercado y aún más tratándose de contratos que se negocian con base en condiciones generales donde los consumidores carecen de la libertad para tomar decisiones racionales.

Nos parece claro que la tesis del mercado como elemento suplementario de la libertad contractual de las partes es insuficiente e inconveniente; negar trascendencia jurídica a la falta de libertad para la configuración del contrato solo podría ser aceptado si la regulación diseñada por el predisponente fuera equitativa, si estableciera un desarrollo de la relación en términos de equilibrio, contemplando por igual los intereses de las partes de modo racional y acorde con los principios generales del contrato. En otras palabras, si supusiera un ejercicio de buena fe contractual donde la adhesión se convierta en algo más que una obligatoria suscripción a los dictados de una voluntad impuesta emanada del poder de la empresa.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Akerlof, G. (1970). The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *Quarterly of Journal Economics*, 84 (1), 488-500.
- Alfaro, J. (1991). *Las condiciones generales de la contratación*. Madrid, España: Civitas.
- Arango, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá, Colombia: LEGIS.
- Araujo, C. (2000). Bentham: el utilitarismo y la filosofía política moderna. En A. Boron (Ed.). *La filosofía política moderna: de Hobbes a Marx* (pp. 276-277). Buenos Aires, Argentina: CLACSO.
- Arráez, M., Calles, J. y Moreno, L. (2006). La hermenéutica: una actividad interpretativa. *Sapiens*, 7 (2), 177-181.
- Arrubla, J. (2007). *Abuso de la posición dominante contractual*. Medellín, Colombia: DIKE, Universidad Externado de Colombia.
- Ballesteros, J. (1999). *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de voluntad*. Barcelona, España: J.M. Bosch.
- Barnett, R. (2002). Consenting to form Contracts. *Fordham Law Review*, 71, 627-645.

- Cámara de Comercio de Bogotá. (2007). *Arce Consultores y Cia. Ltda. Vs Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, ESP*. Recuperado de <http://www.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/dependencia/judiciales/administrativa/9/Laudos/2007/LaudoArceEAAB.doc>.
- de Castro, F. (1949). *Derecho civil de España*. Madrid, España: Editorial del Instituto de Estudios Políticos.
- de la Puente, M. y Lavalley, M. (1983). *Estudios sobre el contrato privado*. Lima, Perú: Cultural Cuzco.
- Demogue, R. (1923). *Tratado general de las obligaciones*. París, Francia: Librería A. Rousseau.
- Fernández, C. (2001). *El supuesto de la denominada autonomía de la voluntad, en instituciones de derecho privado. Contratación contemporánea*. Bogotá, Colombia: TEMIS.
- Goldberg, V. (1974). Institutional Change and the Quasi-Invisible Hand. *Journal of Law and Economics*, 17 (2), 461-492.
- Hinestrosa, F. (2002). *Autonomía privada y tipicidad contractual en reflexiones de un librepensador*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Kessler, F. (1943). Contracts of Adhesion-Some Thoughts about Freedom of Contract. *Columbia Law Review*, 43 (5), 629-642.
- Korobkin, R. (2006). Racionalidad limitada, contratos de adhesión y desigualdad contractual. *Revista de Derecho Privado*, 37 (1), 209-211.
- Larenz, K. (1958). *Derecho de obligaciones*. Madrid, España: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Little, J. (1997). Managed Care Contracts of Adhesion, Terminating the Doctor-Patient Relationship and Endangering Patient Health. *Rutgers Law Review*, 49 (4), 1397-1478.
- Narváez, J. (2002). *Derecho mercantil colombiano, obligaciones y contratos mercantiles*. Bogotá, Colombia: LEGIS.
- Posner, R. (2007). *Análisis económico del derecho*. Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.
- Posner, R., Landes, W. y Kelman, M. (2011). *Análisis económico del derecho*. Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Universidad Javeriana.
- Puig Brutau, J. (1988). *Fundamentos de derecho civil*. Barcelona, España: J.M. Bosch.
- Rescigno, P. (2001). Apuntes sobre la autonomía negocial. En A. Guzmán et al. (Ed.). *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Rinessi, A. (2006). *Relación de consumo y derechos del consumidor*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Ripert, G. (1949). *La regla moral en las obligaciones civiles*. París, Francia: La Gran Colombia.
- Salazar, D. (2006). 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*, 37 (1), 3-56.
- Santos, J. (1966). *La contratación privada*. Madrid, España: Montecorvo.
- Scognamiglio, R. (1971). *Teoría general del contrato*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Soto, C. (2001). *La transformación del contrato: del contrato negociado al contrato predispuesto, en instituciones de derecho privado*. Bogotá, Colombia: TEMIS.
- Soto, C. y Mosset, J. (2009). *El contrato en una economía de mercado*. Bogotá, Colombia: Universidad Javeriana.
- Stiglitz, R. y Stiglitz, G. (1985). *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Stromholm, S. (1989). The Freedom to Contract: A Complex Cluster of Rules. *Scandinavian Studies of Law*, 33 (1), 203-220.
- Schwartz, A. and Wilde, L. (1979). Equilibrium Comparison Shopping. *Review of Economic Studies*, 45 (1), 543-553.
- Schwartz, A. and Wilde, L. (1985). Product Quality and Imperfect Information. *Review of Economic Studies*, 52 (1), 251-262.
- Sen, A. (2009). *Desarrollo y libertad*. Bogotá, Colombia: Planeta.