

# **INVESTIGACIONES**



DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502024000100009>

## Estudio acerca del “control de incorporación” para establecer la conveniencia de su regulación general en Colombia

María Elisa Camacho López\*

### RESUMEN

*En este artículo se analiza la conveniencia, desde el punto de vista teórico, de regular el “control de incorporación” para las relaciones jurídicas que no son de consumo, debido a la frecuencia de contratos celebrados con cláusulas predispuestas y no negociadas en la práctica colombiana. Para ello se estudian las similitudes y diferencias entre las figuras previstas en el régimen general de las obligaciones y contratos que guardan cierta similitud con el “control de incorporación” y este, como también la relación entre el control de incorporación y el neoformalismo, llegando a la conclusión acerca de la conveniencia de regular, de manera adecuada, el “control de incorporación”, por constituir una medida superadora para la protección del contratante adherente.*

Control de incorporación; cláusulas predispuestas y no negociadas; cognoscibilidad

### *Study on the incorporation of standard terms to establish the convenience of its general regulation in Colombia*

### ABSTRACT

*This article analyses the convenience, from a theoretical point of view, of regulating the “control of incorporation” for non-consumer legal relations, given the frequency of contracts concluded with pre-arranged and non-negotiated clauses in Colombian practice. To this end, the similarities and differences between the figures foreseen in the general regime of obligations and contracts that have a certain similarity with the “control of incorporation” and this one are studied, as well as the relationship between the control of incorporation and neo-formalism, reaching the conclusion on the convenience of regulating, in an appropriate manner, the “control of incorporation”, as it constitutes an overcoming measure for the protection of the adhering contracting party.*

Incorporation of terms; pre-arranged and non-negotiated clauses; cognizable

---

\* Abogada. Universidad Externado de Colombia. Magíster en Sistema Jurídico Romano, Unificación del Derecho y Derecho de la Integración y Doctora en Sistema Jurídico Romano y Unificación del Derecho. Universidad de los Estudios de Roma II “Tor Vergata”, Italia. Docente investigadora de la Universidad Externado de Colombia. ORCID: 0000-0001-5517-6116. Correo electrónico: maria\_elisa\_camacho@yahoo.es

Este artículo se enmarca en el proyecto de investigación “La contratación adhesiva entre empresarios” del Grupo de Investigación en Derecho Comercial y Comparado de la Universidad Externado de Colombia, N° 1005165002, en que la autora es investigadora responsable.

Artículo recibido el 8.3.2023 y aceptado para su publicación el 13.12.2023.

## I. INTRODUCCIÓN

Una de las principales problemáticas que plantea la contratación estandarizada consiste en la falta de comunicación adecuada de las cláusulas predisuestas y no negociadas por el predisponente al adherente, lo que propicia el abuso del predisponente, pues el adherente celebra el contrato sin haber conocido esas cláusulas de manera anticipada o, cuando menos, al momento de celebrar el contrato<sup>1</sup>.

Para evitar esa situación algunos ordenamientos jurídicos han desarrollado lo que se conoce como control de incorporación o de inclusión, el que se puede definir como el conjunto de requisitos exigidos por la ley para que las condiciones generales de contratación o las cláusulas predisuestas no negociadas se entiendan incorporadas al contenido de un contrato<sup>2</sup>.

En el derecho colombiano este control se encuentra previsto solamente para las relaciones de consumo<sup>3</sup>, pues no hay un régimen general que regule los contratos celebrados bajo cláusulas predisuestas y no negociadas en el Código Civil colombiano. Tampoco se dedica alguna norma en el Código de Comercio colombiano promulgado en 1971, aun cuando los redactores siguieron de cerca el Código Civil italiano de 1942 en cuyo artículo 1.341<sup>4</sup> se consagra el *requisito della conoscibilità*, el que se puede considerar el equivalente del control de incorporación en el derecho italiano.

Esta limitación de las normas que regulan el control de incorporación a las relaciones de consumo se considera un problema que dificulta la protección de la parte adherente en los contratos entre particulares que no son consumidores.

En primer lugar, porque no refleja la realidad colombiana en la que es frecuente la celebración de contratos con cláusulas predisuestas y no negociadas, especialmente entre empresarios<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> En este sentido: GENOVESE, 1962, p. 121; BIANCA, 2000, p. 343.

<sup>2</sup> DÍEZ PICAZO, 1996, p. 37; CAÑIZARES, 2015, p. 73; HERNÁNDEZ Y CAMPOS, 2020, p. 146; ALCÁNTARA, 2020, p. 139.

<sup>3</sup> Dentro de las leyes que regulan el tema se encuentran: la Ley 142, 1994, art. 131, “por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”, y la Ley 1.480, 2011, art. 37, “Régimen general de protección al consumidor en Colombia”, la que comprende a los empresarios, sean personas naturales o jurídicas, dentro del concepto de consumidores, siempre y cuando la adquisición de un bien o servicio no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica, Ley 1.480, 2011, art. 5°, num. 3°. Por su parte, la Ley 1.328, 2009, donde se consagra el régimen de protección al consumidor financiero, dedica varias normas a los deberes de información de las condiciones generales de contratación por parte de las entidades financieras, arts. 3° lit. c., 5° lit. b., 7° lit. c. y f, 9° y 10°, sin embargo, no existe alguna disposición que fije algún remedio o sanción por el incumplimiento de estos deberes, con la única excepción del artículo 10 referido a las modificaciones del contrato.

<sup>4</sup> En este sentido HINESTROSA, 2015, pp. 831-832.

<sup>5</sup> Así se pone de presente en la Exposición de motivos de la Ley 2.024 de 2020 que destaca esta forma de contratación entre Mipymes y Grandes empresas: “...un alto porcentaje de empresas de gran tamaño realiza los pagos a sus proveedores y subcontratistas (usualmente Mipymes) en plazos injustificadamente extensos...”, “Estos plazos se incorporan en los contratos modelo o tipo que utilizan las grandes empresas para contratación en general (en una manifestación clara de su posición dominante)”, Gaceta del Congreso 778, 2.10.2018, p. 3. También se infiere de la existencia de una gran cantidad de laudos arbitrales que tienen

Además, porque ese vacío normativo debe ser colmado con las normas que regulan la etapa de formación de los contratos en el régimen general de obligaciones y contratos, las que son consideradas insuficientes frente a las nuevas realidades contractuales<sup>6</sup>.

Asimismo, aunque estas preocupaciones no tienen correlato en la jurisprudencia colombiana en la que no se identifican, por el momento, decisiones que hayan tenido por objeto principal dirimir controversias relacionadas con la falta de conocimiento adecuado y oportuno de las cláusulas predispuestas y no negociadas en un contrato entre particulares que no sea de consumo, el tema no es ajeno a los jueces, quienes en ocasiones destacan la necesidad de valorar el conocimiento adecuado de las cláusulas, atendiendo la influencia de experiencias foráneas<sup>7</sup>.

Por tanto, con la presente investigación se busca responder a la pregunta acerca de si se debería adoptar el control de incorporación de las cláusulas predispuestas y no negociadas para su aplicación a cualquier contrato celebrado entre particulares que no sean consumidores y, en caso de que la respuesta a la pregunta sea afirmativa, sugerir algunos elementos que sirvan para elaborar dicha regulación.

De ahí que el objetivo general de esta investigación es establecer la conveniencia, desde el punto de vista teórico, de regular o no un control de incorporación de carácter general.

Para dar respuesta a esta pregunta se considera necesario empezar por dar cuenta de las diferencias entre el control de incorporación y las figuras afines a ese control previstas en el régimen general de las obligaciones y contratos en Colombia, con el fin de determinar si el control de incorporación constituye un aporte frente al estado de la regulación actual.

De otra parte, se expondrá, brevemente, la aproximación que se hace en la doctrina colombiana al control de incorporación mediante el prisma del *neoformalismo*, pues

---

por objeto controversias relacionadas con cláusulas abusivas en la contratación adhesiva entre empresas. Ver en este sentido CAMACHO, 2022, pp. 113-180.

<sup>6</sup> En este sentido HERRERA, 2020, p. 70, quien haciendo referencia al período de formación del contrato manifiesta: “El modelo clásico de contratación omitió actualizarse frente a los fenómenos que con el devenir del tiempo han aparecido, tales como la masificación de las relaciones económicas, la consagración de condiciones generales de contratación y la utilización de sistemas de información, lo que evidencia los límites de dicha teoría”. Con relación a la insuficiencia de las normas actuales, de manera general y no solamente referida al momento de la formación de los contratos, véase: RENGIFO, 2010, p. 216, y PINZÓN, 2011, p. 86.

<sup>7</sup> Así se observa en los siguientes fallos: Tribunal de arbitramento de Valores y Descuentos Limitada contra *BellSouth* Colombia S.A., 4.06.2002, expediente 744, p. 29, en el que tratando acerca de las particularidades que supone la contratación adhesiva se refiere al: “...nivel de impacto que puede derivar del hecho de conocimiento o ignorancia del adherente sobre la existencia misma de la estipulación”, consideraciones retomadas en el Tribunal de arbitramento Punto Celular Ltda. contra Comunicación Celular S.A. -COMCEL S.A., 23.02.2007, expediente 1225, p. 106. Asimismo, en el Tribunal de arbitramento de 3PL *Logistics Solutions* Colombia S.A.S. contra Virbac Colombia Ltda., 2.06.2016, expediente 3674, p. 26, en el que se manifiesta: “Efectivamente, a pesar de haber sido insertada en el cuerpo del texto finalmente firmado por ambas partes, del acervo probatorio aportado al proceso se infiere fácilmente que tal cláusula fue dispuesta por VIRBAC COLOMBIA sin haberla negociado ni informado previamente a 3PL LOGISTICS SOLUTIONS”. En este último laudo se declaró abusiva esa cláusula.

permite explicar el problema planteado dentro del contexto de una orientación actual en materia contractual.

Por último, serán planteadas las conclusiones de la presente investigación.

## II. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE EL CONTROL DE INCORPORACIÓN Y FIGURAS AFINES PREVISTAS EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS EN COLOMBIA

En este acápite se propone identificar aquellas figuras jurídicas reguladas en la teoría general de las obligaciones y contratos en Colombia, con las que el control de incorporación presenta cierto grado de similitud con el fin de establecer si este último constituye un aporte, desde el punto de vista teórico, para la protección de la parte adherente en las relaciones que no son de consumo.

En ese sentido es posible identificar varias figuras que pueden llegar a tener funciones o efectos similares: por una parte, la exigencia del consentimiento del acto o declaración de voluntad como requisito para obligarse<sup>8</sup>, la ausencia de vicios del consentimiento<sup>9</sup>, el deber de información emanado del principio de la buena fe y el principio de la buena fe como tal<sup>10</sup> y, finalmente, el criterio de interpretación de las cláusulas ambiguas a favor del adherente<sup>11</sup>.

A continuación, se analiza la relación entre el control de incorporación y cada una de estas figuras.

### 1. *Relación entre el requisito del consentimiento del acto o declaración de voluntad y el control de incorporación*

Dentro de las figuras reguladas en el Código Civil colombiano que presentan similitud con el control de incorporación está el “consentimiento”, entendido, según lo previsto en el artículo 1.502, numeral 2º, como un requisito necesario para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad.

En efecto, la similitud radica en que una de las funciones del control de incorporación es poner en conocimiento del adherente las cláusulas que regirán su relación jurídica para garantizar la existencia del consentimiento negocial por parte del adherente, teniendo

<sup>8</sup> Código Civil colombiano, 1873, art. 1.502, num. 2º.

<sup>9</sup> Código Civil colombiano, 1873, art. 1.502, num. 2º.

<sup>10</sup> Constitución Política colombiana, 1991, art. 83; Código Civil colombiano, 1873, art. 1.603; Código de Comercio colombiano, 1971, art. 871.

<sup>11</sup> Código Civil colombiano, 1874, art. 1.624.

en cuenta que en este tipo de relaciones no hay una fase previa de negociación<sup>12</sup>. Así lo sostiene una parte de la doctrina<sup>13</sup>.

Por tanto, si una de las funciones principales del control de incorporación se dirige a garantizar la existencia del consentimiento, que por sí mismo ya es un requisito para obligarse en los términos del artículo 1.502 numeral 2º del Código Civil colombiano, no tendría sentido regular un control de incorporación porque su función ya la cumple otra norma.

En otras palabras, se podría decir que siempre que hay consentimiento<sup>14</sup> es porque se han conocido las cláusulas del contrato y, por tanto, no hace falta otra figura jurídica que también lo exija.

Sin embargo, esto no es así, porque la existencia del consentimiento en el ordenamiento jurídico colombiano está referida a la concordancia con los términos de la oferta y, debido a que al regularse la oferta se indica que esta deberá contener los elementos esenciales del negocio (artículo 845 del Código de Comercio colombiano), quedan por fuera muchos otros elementos como los naturales o accidentales. En cambio, con el control de incorporación se procura el conocimiento de las cláusulas predispuestas y no negociadas que pueden abarcar cualquier elemento del contrato, aunque existe en esta forma de negociación cierta tendencia a que la parte adherente participe, por lo menos, en la determinación de los elementos esenciales.

En este sentido se manifiesta Pinzón para quien los conflictos propios de la adhesión y de la incorporación de las condiciones generales se aprecian con claridad cuando se repara en los problemas que surgen en torno a los elementos sustanciales y accidentales del contrato<sup>15</sup>, es decir, para el autor, mientras que la falta de consentimiento está ligada a los elementos esenciales del negocio jurídico que suelen conocerse por ambas partes, no lo está con los demás elementos en los que, por lo general, no participa el adherente, razón por la que es necesaria la intervención de otras figuras para proteger a este último<sup>16</sup>.

Esta primera diferencia entre el consentimiento como requisito para obligarse y el control de incorporación se observa en mayor medida si se tiene en cuenta que esa función de “conocimiento” que pretende atribuirse al control de incorporación generalmente se reduce a una función de “cognoscibilidad”, es decir, tendiente a procurar el conocimiento de las cláusulas<sup>17</sup>, pues es factible que a pesar del cumplimiento de

---

<sup>12</sup> De todas maneras, debe tenerse en cuenta que las modalidades de contratación predispuesta y sin negociación son muy variadas y no siempre suponen la ausencia total de una fase de negociación, por lo menos, acerca de ciertas cláusulas. Por esta razón en el presente escrito se prefiere adoptar la terminología de “cláusulas predispuestas y no negociadas”, por considerarla más comprensiva de cualquier variante en este tipo de contratación.

<sup>13</sup> PAGADOR, 1999, p. 359; GUILARTE, 2001, p. 1125.

<sup>14</sup> Entendido como la convergencia de voluntades hacia un mismo querer (*in idem placitum consensus*), OSPINA, 2000, p. 145.

<sup>15</sup> PINZÓN, 2011, p. 81.

<sup>16</sup> En igual sentido RENGIFO, 2009, pp. 99 y 104.

<sup>17</sup> En este sentido: GUILARTE, 2001, p. 1112; PÉREZ, 2015, p. 415; HERNÁNDEZ y CAMPOS, 2020, p. 144; HERNÁNDEZ y CAMPOS, 2021, p. 52.

los requisitos exigidos al predisponente por el respectivo ordenamiento jurídico para lograr la inclusión de las cláusulas al contrato, el adherente no las conozca antes o al momento de su celebración<sup>18</sup>.

En efecto, al mitigar la función del control de incorporación a procurar el conocimiento de las cláusulas, difícilmente se puede sostener que la finalidad de ese control sea garantizar la existencia del consentimiento negocial por parte del adherente.

De ahí que para algunos autores como Bullard la verdadera razón para exigir el control de incorporación está en la necesidad de crear unas normas especiales aplicables a los contratos estandarizados, debido a que en su opinión, el problema no está en que las normas generales de los contratos previstas en la mayoría de códigos decimonónicos no sean adecuadas para resolver las dificultades que plantea la contratación estandarizada, sino que de llegar a aplicarse: “llevaría a desfigurar por completo el fenómeno de la ‘contratación en masa’. Podríamos incluso privarle de toda eficacia como medio de constituir relaciones jurídicas”<sup>19</sup>. Siguiendo a Bullard, se podría decir entonces que el control de incorporación busca blindar con una presunción de legitimidad las cláusulas que cumplan los requisitos exigidos por la ley según el control de incorporación para que puedan hacer parte del contenido negocial.

Para otro sector de la doctrina lo que se pretende con este control no es garantizar el consentimiento del adherente, quien por lo general no muestra interés real en conocer las cláusulas que regirán su relación jurídica, salvo por aquellas referidas a los elementos esenciales del contrato, sino que este tenga las cláusulas para acceder a ellas después de celebrado el contrato con el fin de ejercer los derechos que le corresponden. Por esta razón se prefiere hablar de una función de “publicidad”<sup>20</sup>.

Para dilucidar en forma nítida las diferencias entre el consentimiento como requisito para obligarse y el control de incorporación en su función de “cognoscibilidad”, es posible plantear dos escenarios.

Uno, en el que el predisponente cumple los requisitos exigidos en virtud del control de incorporación, a pesar de ello el adherente no conoce las cláusulas al momento de celebrar el contrato por su falta de diligencia. Por tanto, en el caso hipotético en que el adherente alegue su falta de consentimiento en la celebración del contrato, lo cierto es que no podría hacerlo con fundamento en el incumplimiento del control de incorporación, pues este fue cumplido correctamente<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Esta es la orientación seguida por los artículos: 1.341 del Código Civil italiano, 1.119 del Código Civil francés y 1.397 del Código Civil peruano. Asimismo, en algunos proyectos de armonización del derecho, como por ejemplo en los Principios europeos de derecho de los contratos –PECL– (art. 2:104), en el Código Europeo de los Contratos –CEC– (art. 33), y en el Marco Común europeo de referencia –DCFR– (art. II.-9:103 del DCFR).

<sup>19</sup> BULLARD, 1989, p. 52.

<sup>20</sup> Así ALFARO, 1991, pp. 200-202, citado por PAGADOR, 1999, p. 361; CAÑIZARES, 2015, p. 78.

<sup>21</sup> Con relación a los requisitos exigidos en virtud de la función de “cognoscibilidad” del control de incorporación estos varían de un ordenamiento a otro y pueden consistir en: llamar la atención de la otra parte respecto de las cláusulas, antes o durante la celebración del contrato, Principios europeos de Derecho de los contratos [PECL], 2001, art. 2:104 y Marco común europeo de referencia [DCFR], 2012, art. II.-9:103;



De ahí que se considere atendible la opinión de Bullard, mencionada antes, pues es evidente que en gran medida el control de incorporación aporta una presunción de legitimidad al contenido del contrato celebrado con cláusulas predisuestas y sin libertad de negociación, aunque ello no obsta para que, en nuestra opinión, también le sean aplicables las normas generales de las obligaciones y contratos e igualmente sea posible someter el contrato a un segundo control denominado “de contenido” dirigido a impedir las cláusulas abusivas<sup>22</sup>.

El otro escenario es el del predisponente que incumple los requisitos exigidos en virtud del control de incorporación, de manera que el adherente celebra el contrato sin haber tenido la oportunidad de conocer las cláusulas que rigen su relación jurídica.

En este segundo escenario ocurre lo mismo que se planteó antes, dentro de este acápite, es decir, se considera que solo se podría hablar de una falta de consentimiento para obligarse si la parte adherente no conoció ni participó en la fijación de los elementos esenciales.

Por el contrario, si el adherente quiere la celebración del contrato se entenderá que hay consentimiento y por tanto la falta de conocimiento de algunas cláusulas predisuestas y no negociadas se resolverá teniendo en cuenta el control de incorporación.

Queda, en nuestra opinión, presentada una de las principales diferencias entre el requisito del consentimiento para obligarse y el control de incorporación. Esta, además, se podría ver reflejada en los efectos que cada una de ellas produce.

Las diferencias en el ámbito de sus efectos pueden examinarse tanto con relación a su alcance como a la tipología de efectos que se les asignan.

En cuanto al alcance, la falta de consentimiento como requisito para obligarse afecta al negocio jurídico en su integridad<sup>23</sup>, en cambio, en el control de incorporación los efectos recaen, de manera particular, en las cláusulas predisuestas y no negociadas que no cumplieron los requisitos exigidos por la ley para ser incluidas al contenido negocial, es decir, no afecta al negocio jurídico en su totalidad, a menos de considerarse que el contrato no puede subsistir sin la presencia de las cláusulas que no han cumplido los requisitos para su incorporación al contrato<sup>24</sup>.

---

comunicar las cláusulas de manera adecuada y con la anticipación necesaria para que, según su extensión y complejidad sea posible su conocimiento por quien actúe con una diligencia ordinaria, Decreto Ley 446, 1985, art. 5º, num. 2º; comunicación de las cláusulas y aceptación del adherente, Código Civil francés, 2016, art. 1119; entregar un ejemplar de las cláusulas cuando el contrato deba celebrarse por escrito, Ley 7ª, 1998, art. 5º, num. 1º, inc. 2º; entre otros. Por su parte, en el Código Civil italiano no se indica la manera en que debe cumplirse este requisito, pero, como en otros ordenamientos, la carga del predisponente se compensa por aquella asignada al adherente de usar la diligencia ordinaria para lograr el conocimiento de las cláusulas antes o al momento de celebrar el contrato.

<sup>22</sup> Ver referente al control de contenido: MOMBERG, 2013; MATO, 2015, entre muchos otros autores.

<sup>23</sup> Incluso cuando la falta de consentimiento se relaciona con las personas negociantes el efecto tiene alcance general, pues recae en la totalidad del contrato respecto de una de las personas con las que no se quiere negociar. Ver en este sentido OSPINA, 2000, p. 173.

<sup>24</sup> Así se consagra en la Ley de condiciones generales de contratación de España Ley 7ª, 1998, artículo 10, numeral 1º.

Por su parte, con relación al tipo de efecto, tratándose de la falta de consentimiento en el derecho colombiano algunos autores consideran posible reputar la inexistencia del negocio jurídico<sup>25</sup>, mientras que otros, como Hinestrosa, aunque concibe la inexistencia como la consecuencia lógica, advierte que el ordenamiento jurídico colombiano se inclina por la nulidad<sup>26</sup>.

En el caso del control de incorporación, el aspecto relacionado con la tipología de efectos es, en mi opinión, uno de los más sensibles, al tiempo que constituye el único medio tangible y práctico para lograr el cumplimiento de los requisitos expuestos.

En efecto, si se dispusieran varias condiciones para el conocimiento de las cláusulas predispuestas, pero no se previera ningún remedio para el contrato en el que no se han cumplido esas condiciones, el contratante adherente no podría hacer nada y posiblemente se vería perjudicado ante dicha situación<sup>27</sup>.

Sin embargo, la aplicación práctica de la consecuencia jurídica por el incumplimiento de los requisitos del control de incorporación genera varias inquietudes, así como lo refleja la doctrina foránea.

En primer lugar, porque por lo general en los ordenamientos jurídicos en los que se consagra el control de incorporación se recurre a los tipos tradicionales de ineficacia del negocio jurídico para encuadrar dicho efecto, lo que parece demasiado drástico.

Así lo manifiesta Roppo:

Esta creciente mezcla entre reglas de validez y reglas de comportamiento/responsabilidad puede disgustarle a quien sea aficionado de la vieja distinción, pero el lamento no puede velar la presencia objetiva de las nuevas tendencias. Pero luego, quizás, existe un modo de “desdramatizarlo”, y consiste en desdramatizar la propia contraposición existente entre los dos órdenes de reglas, diluyéndola en una categoría unitaria más general, en la cual uno y otro orden puedan encontrar lugar: la categoría del remedio contractual<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> En este sentido OSPINA y OSPINA, 2000, pp. 108, 173.

<sup>26</sup> Cfr. HINESTROSA, 2015, pp. 912, 923.

<sup>27</sup> Esta es la principal crítica que, a mi juicio, podría hacerse al artículo 520 del Proyecto de Reforma al Código Civil colombiano presentado por la Universidad Nacional de Colombia en el 2020, pues en dicho artículo parece haberse querido consagrar el control de incorporación pero sin haber atribuido una consecuencia jurídica ante la falta de cumplimiento de los requisitos en esa misma norma o en otras como, por ejemplo, aquellas relacionadas con las formas de ineficacia del negocio jurídico. El contenido del art. 520 es el siguiente: “Las condiciones negociales generales deben ser claras e informadas suficiente, anticipada y expresamente al adherente. No incluirán cláusulas que permitan modificar unilateralmente el contrato al predisponente o sustraerse de sus obligaciones. Los espacios en blanco deberán llenarse al momento de celebración del contrato so pena que los vacíos se integren con el derecho supletorio. Al adherente deberá entregársele copia del contrato y sus términos, al momento del contrato o en el plazo de tres días siguientes. Las cláusulas de permanencia mínima solo valdrán en contratos iniciales de tracto sucesivo, o cláusulas posteriores, siempre y cuando sean ventajosas para el adherente y únicamente por un plazo no superior a un año” (subraya fuera de texto).

<sup>28</sup> ROPPO, 2005, p. 61.

Es decir, para Roppo, esas categorías de ineficacia que tradicionalmente han sido vistas como sancionatorias deben ser vistas hoy como remedios contractuales, por esta razón su aplicación para el control de incorporación no resultaría negativa.

La otra dificultad estriba en que, por lo general, la redacción de esta consecuencia jurídica en los ordenamientos que regulan este control no es muy precisa, lo que suscita diferentes interpretaciones en torno al tipo específico de remedio contractual que se debe aplicar<sup>29</sup>.

En efecto, son varios los términos empleados para indicar la consecuencia que se desprende del cumplimiento o incumplimiento de los requisitos de incorporación<sup>30</sup>.

Esta terminología amplia y poco precisa al momento de definir el efecto que produce el incumplimiento de los requisitos del control de incorporación ha llevado a que en algunas experiencias jurídicas se discuta acerca de la verdadera naturaleza de este, teniendo en cuenta las categorías de ineficacia previstas en sus respectivos ordenamientos.

Así por ejemplo Guilarte considera que en la ley de condiciones generales de contratación de España hay una indefinición respecto de la consecuencia por la falta de incorporación que parece conducir como única posibilidad a la idea de nulidad –absoluta, en términos del derecho civil colombiano–. Sin embargo, el autor no comparte este efecto, en primer lugar, porque la lógica llevaría a concebir las condiciones generales de contratación no incorporadas como inexistentes, pero la apariencia de contractualidad o por lo menos su alegación por parte del predisponente hacen necesaria una declaración judicial expresa que conduce a alguno de los tipos de ineficacia consagradas en el derecho español<sup>31</sup>. En segundo lugar, porque aun decantándose por aplicar alguna de las categorías de ineficacia, tendría que distinguirse entre el efecto aplicable a las condiciones generales de contratación que no han sido dadas a conocer de aquellas que padecen defectos en su redacción, pues no podría aplicarse la nulidad para ambos casos<sup>32</sup>.

Esta falta de acuerdo también se refleja en el derecho italiano, como lo pone de presente Bianca, quien considera que la ineficacia es la consecuencia prevista legalmente ante la falta de cognoscibilidad de las condiciones generales de contratación, por lo que

---

<sup>29</sup> BIANCA, 2000, p. 348; GUILARTE, 2001, p. 1012; PÉREZ, 2015, p. 436; HERNÁNDEZ y CAMPOS, 2021, p. 53, nt. 6.

<sup>30</sup> Así, por ejemplo: en el derecho español se indica que “no quedan incorporadas” (Ley 7ª, 1998, artículo 7º), en el derecho portugués se dice que “se consideran excluidas” (Decreto ley, 446, 1985, art. 8º), en el derecho argentino que “se tienen por no convenidas” (Código civil y comercial argentino, 2014, art. 985, inc. 3º). Por su parte en el derecho italiano se alude de manera general a la eficacia de las cláusulas que han sido conocidas o habrían debido ser conocidas, por lo que, *a contrario sensu*, se entiende que las que no fueron conocidas o no podían serlo, serán ineficaces (Código civil italiano art. 1341, inciso primero). En los Principios Europeos de Derecho de los Contratos se indica que: “Las cláusulas del contrato que no han sido objeto de negociación individual pueden hacerse valer contra la parte que no las ha conocido solo si...” (Principios de Derecho Europeo de los [PECL]), 2001, art. 2:104, num. 1º). De manera similar, en el Marco Común Europeo de referencia, se establece que: “Las cláusulas predispuestas por una de las partes y no negociadas individualmente sólo podrán oponerse frente a la otra parte...” (Marco Común europeo de referencia [DCFR], 2012, art. II.-9:103).

<sup>31</sup> GUILARTE, 2001, p. 1132.

<sup>32</sup> GUILARTE, 2001, p. 1133.

la alusión al concepto de nulidad, absoluta o relativa, es impropia respecto de cláusulas que no entran en el contenido negocial<sup>33</sup>. No obstante, el autor reconoce que tanto doctrina como jurisprudencia hablan sobre todo de nulidad absoluta o relativa o de inoponibilidad de la cláusula<sup>34</sup>.

En otras experiencias jurídicas se considera que las cláusulas que no son cognoscibles son “inoponibles” a la parte adherente<sup>35</sup>. Sin embargo, en ordenamientos jurídicos como el colombiano la inoponibilidad es una especie de ineficacia reservada para aludir a la falta de efectos que puede producir un negocio jurídico respecto de terceros, es decir, de sujetos que están por fuera de la relación negocial, por lo que técnicamente no podría aplicarse al ser el adherente una parte del contrato<sup>36</sup>.

Las referencias a estas experiencias jurídicas extranjeras nos permiten comprender que, mientras los remedios contractuales aplicables al control de incorporación sigan consistiendo en las causales tradicionales de ineficacia del negocio jurídico según cada ordenamiento, es probable la coincidencia entre el tipo de efecto aplicable ante la falta de consentimiento como requisito para obligarse y el incumplimiento de los requisitos para superar el control de incorporación, por lo que en este sentido no se ve claramente una diferencia entre ambas figuras. No ocurre lo mismo, en principio, con relación a su alcance, de acuerdo con lo manifestado antes.

## 2. *Relación entre la ausencia de vicios del consentimiento como requisito para obligarse y el control de incorporación*

Otra figura con la que el control de incorporación podría llegar a presentar algún grado de similitud, y, por tanto, obviar la conveniencia de su regulación, es la ausencia de vicios del consentimiento como requisito para obligarse (artículo 1.502, numeral 2° del Código Civil colombiano). Sin embargo, son varias las diferencias que se pueden destacar entre ambas.

En primer lugar, con relación a su función los vicios del consentimiento están dirigidos a proteger a la parte que, o no quería la celebración del contrato, como en el caso de la fuerza, o tuvo una falsa representación del negocio, como cuando se trata del error o del dolo.

En el caso del vicio proveniente de fuerza o violencia, es manifiesta la diferencia con el control de incorporación, pues como se expuso antes, este último procura poner

<sup>33</sup> BIANCA, 2000, p. 348.

<sup>34</sup> BIANCA, 2000, p. 348, nt. 19. Ver también: PELLINI, 2018, p. 1238

<sup>35</sup> Así, en algunas sentencias de la jurisprudencia francesa proferidas por hechos anteriores a la regulación actual del artículo 1.119 del Código Civil francés: Corte de Casación, 11.03.2014, rol 12-28.304; Corte de Apelación de Versalles, 03.05.2016, RG n° 15/02478.

<sup>36</sup> HINESTROSA, 2015b, p. 835.

en conocimiento del adherente las cláusulas que regirán una relación jurídica que es querida por la parte adherente, es decir, a la que no ha llegado en virtud de la fuerza<sup>37</sup>.

Por su parte, tratándose del error, debido a que la falsa representación del negocio tiene su origen en quien lo sufre, se diría que es independiente del conocimiento de las cláusulas del contrato, por lo que en este aspecto se distingue del control de incorporación. Además, para que el error constituya un vicio del consentimiento debe recaer en ciertos elementos o aspectos específicos del contrato que han sido determinantes para formar el consentimiento, es decir, que su ámbito de aplicación se restringe a esos elementos<sup>38</sup>, mientras que en el caso del control de incorporación el ámbito de aplicación son todas las cláusulas predispuestas y no negociadas.

En cuanto al dolo, para que vicie el consentimiento debe ser obra de una de las partes, aspecto con el que podría llegar a asemejarse al control de incorporación, pues la falta de conocimiento de algunas cláusulas podría contribuir con esto. No obstante, según el ordenamiento jurídico colombiano, también es necesario que aparezca claramente que, sin ese dolo, quien lo sufre no hubiera contratado<sup>39</sup>.

De lo anterior se observa, con relación a las categorías de vicios del consentimiento, que: “El rasgo común de todas ellas es su carácter determinante (esencial) del vicio, esto es, que se ponga en evidencia que de no haber mediado este, quien lo padeció no habría celebrado el negocio” (Hinestrosa, 2015, p. 927).

Por tanto, se considera poco probable el solapamiento entre los vicios del consentimiento y el control de incorporación en la medida en que mientras los primeros se refieren, por lo general, a aspectos determinantes del contrato en los que puede haber cierta participación de los adherentes, el control de incorporación se dirige a todas las cláusulas predispuestas y no negociadas que atañen a otros elementos que no necesariamente fueron determinantes a la hora de celebrar el contrato<sup>40</sup>.

Otra diferencia se encuentra en el aspecto probatorio, pues mientras la prueba de los vicios concierne a un aspecto subjetivo que dificulta su demostración<sup>41</sup>, la del control de incorporación involucra un aspecto objetivo referido a la puesta en conocimiento de las cláusulas predispuestas y no negociadas, por lo que en este sentido se podría ver un argumento a favor del control de incorporación como mecanismo de protección de la parte adherente.

Por último, también es visible la diferencia con relación al alcance de los efectos, pues tratándose de los vicios del consentimiento estos recaen, por lo general, en la totalidad

---

<sup>37</sup> Otra cosa es la figura hacia donde se han orientado algunos ordenamientos jurídicos, denominada “estado de debilidad”, entendida como aquella que tiende a resolver situaciones en las que el consentimiento no es libre por circunstancias externas o personales del sujeto, diferentes de las relacionadas con los vicios del consentimiento, cfr. HINESTROSA, 2015, p. 939.

<sup>38</sup> Como, por ejemplo, la especie del acto, el objeto, la calidad esencial del objeto o la persona (Código Civil colombiano, artículos 1510-1512). Cfr. HINESTROSA, 2015, p. 930.

<sup>39</sup> Código civil colombiano, artículo 1515.

<sup>40</sup> En este sentido se pronuncia PINZÓN, 2011, p. 80.

<sup>41</sup> Así lo pone de presente RENGIFO, 2009, p. 102.

del contrato<sup>42</sup>, a diferencia de los efectos del control de incorporación que afectan las cláusulas predispuestas y no negociadas que no cumplieron los requisitos exigidos para entenderse incluidas en el contrato.

En cuanto a las diferencias que se pueden presentar en torno a la tipología de efectos aplicables a los vicios del consentimiento y al control de incorporación, valen las mismas reflexiones hechas antes, al comparar el control de incorporación con el consentimiento como requisito para obligarse. En efecto, mientras las consecuencias aplicables al control de incorporación sigan siendo las mismas de aquellas previstas para la ineficacia del negocio jurídico, la posibilidad de coincidencia permanece.

De esta manera se consideran expuestas algunas de las razones que permitirían sostener la conveniencia de la regulación del control de incorporación para los negocios jurídicos entre particulares que no son de consumo, en la medida en que, por una parte, se demuestra la diferencia entre la función que desempeña el control de incorporación y los presupuestos de su aplicación con otras instituciones existentes en nuestro derecho actual, evitando así adoptar una figura que presente una superposición con otras ya existentes, y, por otra, se vislumbran los aportes que representa el control de incorporación para la protección de la parte adherente.

Pasemos ahora a analizar otras figuras con las que el control de inclusión presentaría ciertas similitudes.

### 3. *Relación entre el deber de información y el principio de la buena fe contractual respecto del control de incorporación*

Otra posibilidad es considerar que el control de incorporación no reviste ninguna novedad, pues del principio de la buena fe objetiva se extrae el deber de información a cargo de ambas partes, por lo que no haría falta una norma que así lo indique de manera expresa.

En efecto, para varios autores en Colombia la protección del contratante adherente en las relaciones que no son de consumo se extrae del deber de información<sup>43</sup>.

Por ejemplo, para Posada, son dos los criterios que explican la exigencia del deber de información a cargo de alguna de las partes en el régimen contractual colombiano. Por una parte, el criterio “del profesional”, el que resulta aplicable a las relaciones de consumo y por otra el criterio de la “autorresponsabilidad”<sup>44</sup>.

Asimismo, advierte Posada, en la medida en que los contratos de adhesión que no constituyen una relación de consumo están sometidos al derecho común, les resulta

---

<sup>42</sup> En este sentido HINESTROSA, 2015, p. 931: “En principio, dicha nulidad será total, pero puede ocurrir que el vicio no abarque a todo el objeto del contrato, caso en el cual se daría una nulidad parcial, y al efecto se cita el ejemplo del fiador que se obliga creyendo equivocadamente que el acreedor había obtenido hipoteca de todos los inmuebles del deudor, con lo cual su propio riesgo sería menor, cuando en realidad esa garantía estaba reducida a uno o algunos. Podría pedir que su fianza se redujera proporcionalmente”.

<sup>43</sup> ECHAVARRÍA, 2020; POSADA, 2019.

<sup>44</sup> POSADA, 2019, pp. 6-7.

aplicable el criterio de la “autorresponsabilidad”, pues cada una de las partes interesadas en contratar corre con la carga de informarse de manera adecuada para celebrar el respectivo contrato<sup>45</sup>.

Sin embargo, en opinión del autor:

(...) esta solución normativa es problemática para los contratos de adhesión entre no consumidores y no guarda coherencia con nuestro régimen constitucional, que reprocha todo trato discriminatorio entre personas que se encuentran en situación de inferioridad; tal y como sucede con el adherente no consumidor, quien se encuentra precisamente con la aplicación de un régimen normativo que ha sido diseñado por el legislador para regular la etapa de formación en los contratos negociados, en los cuales, al encontrarse las partes interesadas en estado de igualdad, cada una de ellas va a velar por la satisfacción de sus propios intereses individuales, finalidad esta que los motiva a informarse suficiente y debidamente para definir, mediante la discusión de las cláusulas, el contenido negocial al que se someterán voluntariamente, una vez quede perfeccionado el contrato<sup>46</sup>.

A lo que agrega:

(...) cuando se trata de contratos de adhesión entre no consumidores, rige el modelo contemplado por nuestro Derecho Común, de acuerdo con el cual, no hay regulación específica que le indique al predisponente qué debe informar, cómo debe hacerlo y en qué oportunidad tiene que hacerlo, sino que, indirectamente, a través de figuras como el error, el dolo y los vicios redhibitorios, supone que la información relevante o determinante para la celebración del contrato en cada caso particular, sea suministrada por la parte que la conoce o debió haber conocido con anterioridad o en el momento mismo de la celebración del contrato (subraya fuera de texto)<sup>47</sup>.

Comparto la opinión de Posada, pues considero que el control de incorporación es una aplicación de las cargas de información, claridad y transparencia, las que se desprenden del principio de la buena fe<sup>48</sup>, lo que ocurre es que teniendo en cuenta la desigualdad en el poder de negociación entre las partes contratantes en este tipo de negocios, y su amplia difusión, se ha considerado necesario consagrar de manera expresa esas cargas

---

<sup>45</sup> Ob. cit., p. 7. Se podría pensar que esa “autorresponsabilidad” es lo mismo que la “diligencia” que se plantea como contrapeso de los requisitos para la inclusión de las cláusulas. No obstante, no son lo mismo, pues la autorresponsabilidad implica que cada parte se informe por su cuenta, por lo que no habría esa carga específica de información previa por parte del predisponente, a diferencia de lo que ocurre con el control de incorporación.

<sup>46</sup> Ob. cit., pp. 8-9.

<sup>47</sup> Ob. cit. p. 16.

<sup>48</sup> CHINCHILLA, 2011, p. 334; POSADA, 2019, p. 10.

otorgando un efecto específico y manifiesto en caso de incumplimiento, de lo contrario se trataría de una medida muy difusa.

Por su parte, con relación a la aplicación específica del principio de la buena fe para resolver las dificultades que plantea la contratación estandarizada, en especial en lo que respecta al conocimiento de las cláusulas predispuestas, Pinzón plantea las falencias que esta tiene dirigida a lograr una adecuada protección del contratante adherente.

En efecto, con relación a la obligación de las partes de actuar de buena fe en la etapa precontractual, así como está prevista en el artículo 863 del Código de Comercio colombiano, Pinzón considera que: “(...) si bien es cierto que la regla se inspira en tratos preliminares que no se dan con ocasión de la contratación masiva, con base en ella si es posible deducir una responsabilidad concreta o “contractual” en casos no cubiertos por los tradicionales vicios del consentimiento y susceptibles de lesionar a adherentes no amparados incluso por los mecanismos de protección diseñados para los consumidores”<sup>49</sup>.

Sin embargo, con posterioridad indica:

(...) hay que notar (sic) en la sanción indemnizatoria prevista en el Código no es suficiente para enfrentar los mecanismos de manipulación puestos al servicio de la propaganda comercial y, en general, del mercado masivo, frente a las cuales parecen simples juegos de niños las antiguas discusiones acerca del “dolo bueno” y de las reticencias aceptadas en supuestos tales como el mercader de antigüedades “recién envejecidas” o del comerciante de artículos usados. Esta situación es incontrolable dentro de los moldes civilistas clásicos.

Es decir, en opinión de Pinzón, aunque el principio de buena fe es útil para resolver los conflictos que suscita el uso de cláusulas predispuestas y no negociadas, este no es suficiente por el tipo de sanción que prevé.

Aunque comparto la opinión y razones expuestas por Pinzón en el sentido de que la aplicación del principio de la buena fe no resulta suficiente para proteger en forma adecuada a la parte adherente en la etapa de formación del contrato en relaciones que no son de consumo, considero preciso separarme de su afirmación de que los tratos preliminares no se dan con ocasión de la contratación masiva, pues esta opinión se debe al equívoco, como lo manifiesta Herrera<sup>50</sup>, de considerar que la fase precontractual solo está conformada por las negociaciones entre las futuras partes del contrato, cuando en realidad también está constituida por todos los actos previos necesarios para la celebración del contrato.

Por las razones anteriores, se considera que aunque el control de incorporación constituya una manifestación de las cargas de información, claridad y transparencia que pesan en los contratantes, como también del principio de la buena fe objetiva, su

<sup>49</sup> PINZÓN, 1995, p. 80.

<sup>50</sup> HERRERA, 2020, p. 195. En igual sentido: POSADA, 2019, p. 4.



consagración expresa podría cumplir una función preventiva que impide el abuso del contratante adherente.

#### 4. *Relación entre el control de incorporación y la regla de interpretación contra proferentem*

Por último, un poco más sutil parece la distinción entre el control de incorporación y la regla de interpretación *contra proferentem*, de raigambre romana<sup>51</sup>, según la que cuando haya cláusulas ambiguas en un contrato y las mismas hayan sido previstas de manera unilateral por una de las partes, estas deberán interpretarse en contra del predisponente.

En efecto, otra función atribuida al control de incorporación, además de la cognoscibilidad, es la “comprensibilidad”, en el sentido de procurar el entendimiento de las cláusulas, es decir, que la redacción sea clara y no dé lugar a confusión. Así se observa en el derecho español<sup>52</sup> y argentino<sup>53</sup>, de cuyas normas se infiere que el control de incorporación tiende al cumplimiento de ambas funciones<sup>54</sup>. Sin embargo, son varias las razones que permiten distinguirlas.

La primera de ellas consiste en diferenciar los presupuestos de su aplicación. En este sentido, según Pagador, con el control de incorporación se busca “eliminar o *neutralizar* los casos de falta de claridad más graves”, mientras que con la interpretación *contra proferentem* se carga al predisponente con las consecuencias negativas de “supuestos de falta de claridad más leves”<sup>55</sup>.

Más notable es la diferencia con relación a sus efectos, pues cuando al control de incorporación se le asigna la función de comprensibilidad las cláusulas incomprensibles no se entenderán integradas al contenido negocial, mientras que las cláusulas comprensibles que superan el control de incorporación pero siguen siendo ambiguas serán interpretadas en el sentido que afecta al predisponente y no en aquel que perjudique al adherente<sup>56</sup>.

No obstante, podría suceder que en la práctica resulte difícil distinguir entre ambas figuras, por lo que se considera inútil la subsistencia de ambos instrumentos en protección de la parte adherente<sup>57</sup>.

Pues bien, hay autores que justifican conservar ambas figuras por el hecho de que, en la práctica, puede ocurrir que algunas cláusulas aparentemente claras y precisas al momento de celebrar el contrato, razón por la que logran superar el control de incorporación, resulten siendo ambiguas y por tanto susceptibles de interpretarse en contra del predisponente<sup>58</sup>.

<sup>51</sup> RODRÍGUEZ, 2008, p. 70.

<sup>52</sup> Ley 7ª, 1998, artículos 5 y 7.

<sup>53</sup> Código Civil y Comercial de la Nación argentina, 2014, art. 985.

<sup>54</sup> En este sentido: GUILARTE, 2001, p. 1143; PÉREZ, 2015, p. 415; PERTÍÑEZ, 2016, p. 9; ALBIEZ, 2019, p. 236.

<sup>55</sup> PAGADOR, 1999, pp. 473, nt. 45.

<sup>56</sup> PAGADOR, 1999, pp. 363-364.

<sup>57</sup> GUILARTE, 2001, p. 1.120, nt. 18.

<sup>58</sup> MENDES, 2012, p. 75.

A este argumento se agrega el hecho de que la legitimación activa para solicitar la falta de integración de ciertas cláusulas por incumplir el control de incorporación pertenece exclusivamente al adherente, por lo que si este no lo solicita dichas cláusulas seguirán surtiendo efectos, quedando en protección del adherente frente a las posibles ambigüedades la regla de interpretación *contra proferentum*<sup>59</sup>.

Por las razones anteriores se considera que a pesar de las similitudes que presentan la regla de interpretación *contra proferentem* con el control de incorporación se trata realmente de dos figuras distintas, tanto por los supuestos de su aplicación como por sus efectos, por lo que, en mi opinión, no se produce un solapamiento entre ambas figuras y el control de incorporación puede coadyuvar en la protección de la parte adherente.

### III. APROXIMACIÓN AL CONTROL DE INCORPORACIÓN MEDIANTE EL PRISMA DEL NEOFORMALISMO EN LA DOCTRINA COLOMBIANA

Los requisitos exigidos para procurar el conocimiento de las condiciones generales de contratación o las cláusulas predispuestas sin posibilidad de negociación antes de la celebración del contrato son analizados por varios autores en la doctrina colombiana mediante el prisma de la “forma” que debe tener el negocio jurídico, pero entendida no de una manera restringida de acuerdo con el concepto de Betti: “(...) el modo *cómo* es el negocio, es decir, *cómo* se presenta”<sup>60</sup>, sino de una manera más amplia que se refiere a la necesidad de que toda declaración sea de cualquier forma exteriorizada por algún medio de comunicación –declarativo o comportamental, escrito u oral, comportamental o simbólico que permita a la declaración salir de la esfera del declarante y ser reconocida por la contraparte<sup>61</sup>.

Por esta razón, los requisitos exigidos en virtud del control de incorporación son calificados como una manifestación del *Neoformalismo*.

Es el caso de Koteich *et al.* (2005), quienes comentan que el *neoformalismo* tiene un:

(...) claro propósito de certeza y transparencia y de garantía de la parte débil (de una clase débil) para que concurra a la celebración del contrato con unos elementos mínimos que tratarán de evitar la preponderancia (*rectius*: el abuso) de la parte más fuerte, que es justamente a la que, por regla general, se le impone el cumplimiento de la formalidad. Un neoformalismo que es una forma de traducir en concreto el principio de buena fe y que es, sin duda, un rasgo distintivo del nuevo derecho de los contratos o por lo menos de una parte importante de él<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> Ob. cit., p. 76.

<sup>60</sup> BETTI, 1959, p. 97.

<sup>61</sup> TOSI, 2018, p. 10.

<sup>62</sup> KOTEICH *et al.*, 2005, p. 132.

Para Koteich *et al.*, ese *neoformalismo* se manifiesta de diferentes maneras, entre las que interesa destacar, para la etapa precontractual, la imposición de condiciones de forma que están dirigidas a garantizar al consumidor una adecuada información acerca de los términos del contrato<sup>63</sup>.

Si bien es cierto los ejemplos planteados por estos autores conciernen a las relaciones de consumo, es posible inferir que el tema goza de una perspectiva más amplia basada en la protección de la parte débil contractual, que no es solamente el consumidor.

Dentro de las diferentes maneras en que se manifiesta ese *neoformalismo* observamos cómo muchas de ellas coinciden con los requisitos exigidos por la ley para la superación del control de incorporación.

Así por ejemplo se alude a la adopción de medidas que aseguren el conocimiento del contenido del contrato, a la exigencia de claridad y precisión en la información de las condiciones contractuales como condición de validez, a la necesidad de que las condiciones generales estén escritas con caracteres legibles, como también que esa información sea suficiente y clara<sup>64</sup>.

Esta orientación es compartida por Rodríguez, quien sostiene que el modelo de protección basado en la información responde al *neoformalismo*<sup>65</sup>.

Asimismo, se puede destacar dentro de esta misma tendencia en la doctrina colombiana a Fortich, quien analiza el tema del formalismo contemporáneo abordando sus posibilidades prácticas no solo para las relaciones de consumo sino también para otras relaciones jurídicas como aquellas entre comerciantes, especialmente en materia de competencia y contratos de distribución comercial, como también en la contratación electrónica, exponiendo algunas aplicaciones concretas en el derecho foráneo<sup>66</sup>.

Con este breve comentario se ha querido presentar uno de los enfoques con los que puede ser analizado el control de incorporación, demostrando su relación estrecha con el *neoformalismo*, como orientación actual del derecho de los contratos, en la que a partir del reforzamiento de los requisitos de la forma se tiende a la protección de la parte débil contractual, siendo además una manifestación expresa y concreta. Después de haber hecho este cotejo entre las figuras que cumplen funciones similares al control de incorporación y el control en sí, es posible sostener que en el régimen general de los contratos y de las obligaciones en Colombia no hay una institución que se identifique plenamente con el control de incorporación, por lo que su introducción al derecho colombiano supondría una novedad.

Asimismo, se pudo ratificar la idea que tienen la mayoría de los autores en Colombia, según estos, las normas del régimen general de las obligaciones y contratos no son suficientes para proteger al adherente en la etapa de formación del contrato en las relaciones que no son de consumo.

---

<sup>63</sup> Ob. cit.

<sup>64</sup> Ob. cit., pp. 168-172.

<sup>65</sup> RODRÍGUEZ, 2013, p. 162.

<sup>66</sup> FORTICH, 2018, pp. 267-272.

#### IV. CONCLUSIONES

El análisis acerca del control de incorporación a la par del cotejo con figuras que cumplen funciones similares en el régimen general de las obligaciones y contratos en Colombia, se consideran idóneos para sostener la conveniencia de adoptar una norma en la que se exija el control de incorporación de las cláusulas predispuestas y no negociadas en los contratos entre particulares que no constituyen una relación de consumo, pues de esa manera se procuraría un primer paso hacia la protección de la parte débil contractual. Sin embargo, es preciso manifestar que aún se tienen ciertos reparos respecto de la idoneidad de este control, debido a la carga de diligencia que pesa en el adherente de conocer las cláusulas.

Asimismo, este estudio nos ha permitido vislumbrar la importancia que tiene la configuración apropiada del control de incorporación para que su adopción y aplicación sean exitosas.

De ahí que dentro de los aspectos sugeridos para la redacción de una norma que consagre el control de incorporación de carácter general para las relaciones entre particulares, se encuentran:

En primer lugar, la correcta elección del efecto jurídico que puede producir el incumplimiento de los requisitos exigidos para considerar satisfecho el control de incorporación. Para ello resulta conveniente indicar sin ambages el remedio contractual elegido para evitar confusiones.

Otro aspecto que también será muy determinante a la hora de regular un control de incorporación de carácter general será el de prever su ámbito subjetivo de aplicación. En efecto, en caso de optar por una regulación general que sea aplicable a cualquier particular incluyendo a los empresarios, tendrá por fuerza que adecuarse a la realidad normativa y práctica de estos últimos, en el sentido de que las exigencias de formalidades para procurar el conocimiento adecuado de las cláusulas predispuestas no sean tan gravosas que indispongan su aplicación.

Por último, también se tendrá que determinar con claridad el alcance que se le quiera dar al control de incorporación, es decir, si las funciones asignadas serán solamente la de cognoscibilidad, o también la de comprensibilidad.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ALBIEZ Dohrmann, Klaus Jochen, 2019: "Algunos desiderátums sobre las condiciones generales de la contratación. Diálogo francés, español y argentino con trasfondo europeo y latinoamericano", *Anuario de Derecho Privado*, n° 1, pp. 215-256. Disponible en: <https://anuarioderechoprivado.uniandes.edu.co/images/pdfs/07-Albiez.pdf>. [Fecha de consulta: 5.07.2021].
- ALCÁNTARA, Olga, 2020: "Criterios orientadores de la incorporación de condiciones generales en los contratos financieros y la tutela del consumidor peruano", *Prolegómenos*, n° 45, pp. 137-150. Disponible en: <https://doi.org/10.18359/prole.4285> [Fecha de consulta: 5.07.2021].
- BETTI, Emilio, 1959: *Teoría general del negocio jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado.
- BIANCA, C. Massimo, 2000: *Diritto Civile. III. Il Contratto*, Milán: Giuffrè editore.

- BULLARD González, Alfredo, 1989: “Contratación en masa ¿contratación?, *Tbémis Revista de Derecho*, n° 15, pp. 47-55. Disponible en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10810>. [Fecha de consulta: 10.02.2022].
- CAMACHO, M.E., 2022: *Las cláusulas abusivas en los contratos entre empresarios. Estudio en el derecho colombiano, comparado y de armonización*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- CAÑIZARES Laso, Ana, 2015: “Control de Incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas Suelo”, *Revista de Derecho Civil*, volumen II, n° 3, pp. 67-105. Disponible en: <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> ISSN 2341-2216 [Fecha de consulta: 22.03.2021].
- CHINCHILLA Imbett, Carlos Alberto. “El deber de información contractual y sus límites” [en línea]. En: *Revista de Derecho Privado* Universidad Externado de Colombia, 2011, n° 21 [Citado el 14 de julio de 2021]. p. 327-350. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/2992>
- DÍEZ-PICAZO, Luis, 1996: “Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas”, en Manuel Clavero Arévalo, Luis Díez-Picazo, José Luis Segimón, Eduardo García de Enterría y Fernando Sánchez (coordinadores), *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Madrid, Civitas y Fundación BBV, pp. 29-43.
- ECHAVARRÍA Rodríguez, Liliana Milena, 2020: *La buena fe en la contratación en masa: manifestaciones y efectos jurídicos de su inobservancia*, tesis para optar por el título de Especialista en Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Disponible en: <https://hdl.handle.net/10495/23519>
- FORTICH, Silvana, 2018: *Formalismo contemporáneo y protección del consentimiento contractual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- GENOVESE, Anteo, 1962: “Osservazioni ‘de Iure Condendo’ circa Le Condizioni Generali di Contratto”, *Il Foro Italiano*, volumen 85, n° 8, pp. 120-127. Disponible en: <https://bases-biblioteca.uexternado.edu.co:2474/login.aspx?direct=true&db=edsjsr&AN=edsjsr.23150728&lang=es&site=eds-live&scope=site>. [Fecha de consulta: 10.02.2022].
- GUILARTE Gutiérrez, Vicente, 2001: “El control de inclusión de las condiciones generales de la contratación y la ineficacia derivada de su no incorporación (Crónica de lo incomprensible)”, *Anuario de Derecho Civil*, volumen 54, n° 3, pp. 1105-1144. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=224096> [Fecha de consulta: 9.02.2022].
- HERNÁNDEZ Paulsen, G. y CAMPOS Micin, S., 2020: “Vinculación entre el deber precontractual de transparencia y el control de las cláusulas no negociadas individualmente. Bases para su aplicación en el derecho chileno”, *Revista de Derecho Privado*, n° 39, pp. 143-173. Disponible en <https://doi.org/10.18601/01234366.n39.07> [Fecha de consulta: 9.02.2022].
- HERNÁNDEZ Paulsen, Gabriel, y CAMPOS Micin, Sebastián, 2021: “Funciones y alcance del control de incorporación, con especial referencia a la contratación de productos y servicios financieros”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen 34, n° 1, pp. 51-70. Disponible en <https://doi.org/10.4067/S0718-09502021000100051>. [Fecha de consulta: 9.02.2022].
- HERRERA Osorio, Fredy Andrei, 2020: *Las principales declaraciones precontractuales: Contratos por negociación y por adhesión*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- HINESTROSA, Fernando, 2015: *Tratado de las obligaciones II de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, vol. I, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- HINESTROSA, Fernando, 2015b: *Tratado de las obligaciones II de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, vol. II, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- KOTEICH, M., NEME M., y CORTÉS E., 2005: “Formalismo negocial romano y neoformalismo ¿Fundamento del sistema o protección de la parte débil?, *Revista de Derecho Privado*, n° 9,

- pp. 129-174. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/598> [Fecha de consulta: 12.08.2022].
- MATO Pacín, María Natalia, 2015: "El control de contenido en la contratación mediante condiciones generales entre empresarios en el Derecho comparado y europeo", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, volumen 7, nº 2, pp. 216-282. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2784/1562>. [Fecha de consulta: 11.01.2021].
- MENDES Dias, Marco Paulo, 2012: *O Vício de Não Incorporação da Cláusula Contratual nos Contratos de Adesão*. Tesis de la Maestría en Derecho de los Contratos y de Empresa, Universidade do Minho, Escola de Direito, Portugal. Disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/55623179.pdf>
- MOMBERG Uribe, Rodrigo, 2013: "El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato", *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XXVI, nº 1, pp. 9-27. Disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502013000100001>. [Fecha de consulta: 11.01.2021].
- OSPINA Fernández, Guillermo y OSPINA Acosta, Eduardo, 2000: *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá, Temis.
- PAGADOR López, Javier, 1999: *Las condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de Condiciones Generales de Contratación*, Barcelona, Marcial Pons.
- PELLINI, Matteo, 2018: "La conoscibilità delle clausole illeggibili fra invalidità e oneri di vigilanza (Commento a CASS., VI sez., 12.2.2018, n. 3307)", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, volumen 34, nº 9, pp. 1234-1241.
- PÉREZ Escobar, Martha, 2015: "Incorporación al contrato de cláusulas no negociadas. Perspectivas de reforma a la luz del panorama europeo, la Propuesta de Modernización del Código Civil y el Anteproyecto de Ley de Código mercantil", *Anuario de Derecho Civil*, volumen 68, nº 2, pp. 409-480. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5229854>. [Fecha de consulta: 30.03.2021].
- PERTÍÑEZ Vélchez, Francisco, 2016: "Buena fe ex art. 1.258 cc y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios. Reflexiones en torno a la STS, 1ª, 3 junio 2016", *Indret Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4, pp. 1-21. Disponible en [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1266\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1266_es.pdf). [Fecha de consulta: 22.03.2021].
- PINZÓN Sánchez, Jorge, 2011: "Contratos de contenido predispuesto: la adhesión y las condiciones generales de contratación". En M. Castro de Cifuentes (ed.), *Derecho de las obligaciones con propuestas de modernización*, pp. 75-120, Bogotá, Universidad de los Andes, Editorial Temis. Disponible en: <https://vlex.com.co/vid/contratos-contenido-predispuesto-adhesion-777543645> [Fecha de consulta: 12.08.2022].
- PINZÓN Sánchez, Jorge, 1995: "Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas en el derecho privado colombiano", *Revista de Derecho Privado*, nº 17, pp. 71-124. Disponible en: <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/47307/Condiciones-generales-de-la-contrataci%3c3%b3n.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [Fecha de consulta: 14.08.2022].
- POSADA Torres, Camilo, 2019: "Consentimiento desinformado del adherente: consecuencias jurídicas en los contratos de adhesión entre no consumidores", *Civilística*, año 8, nº 1, pp. 1-31. Disponible en: <https://civilistica.com/consentimiento-desinformado-del-adherente/> [Fecha de consulta: 14.08.2022].
- RODRÍGUEZ Olmos, Javier Mauricio, 2008: "Contexto y Construcción de la Regla *Interpretatio Contra Proferentem* en la Tradición Romanista. Aspectos Histórico-Comparativos de un Principio de Interpretación Contractual", *Revista de Derecho Privado*, 2008, nº 14, pp. 69-112. Disponible en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/550> [Fecha de consulta: 5.07.2021].

- RODRÍGUEZ Olmos, Javier Mauricio, 2013: “La interpretación de los contratos con el consumidor: elementos para la contextualización de la problemática (primera parte)”, *Revista de Derecho Privado*, n° 24, pp. 151-188. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3483> [Fecha de consulta 12.08.2022].
- ROPPO, Vincenzo, 2005: *El contrato del dos mil*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- TOSI, Emilio, 2018: *Forma informativa nei contratti asimmetrici: contributo allo studio della forma funzionale nei contratti asimmetrici, bancari e di investimento*. Milán, Giuffrè editore.
- UNIVERSIDAD Nacional de Colombia [UNAL], 2020: *Proyecto de Código Civil de Colombia*. <http://derecho.bogota.unal.edu.co/proyecto-de-actualizacion-del-codigo-civil/>

### *Normas jurídicas citadas*

#### 1. Normatividad nacional

- CONSTITUCIÓN Política de la República de Colombia, promulgada el 6 de julio de 1991.
- LEY 1.480, donde se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones, promulgada en Colombia el 12 de octubre de 2011.
- LEY 84, Código Civil colombiano, publicada el 31 de mayo de 1873.
- DECRETO 410, Código de Comercio colombiano, promulgado el 16 de junio de 1971.
- GACETA del Congreso 778, Exposición de motivos de la Ley 2.024 de 2020, publicada el 2 de octubre de 2018.

#### 2. Normativa extranjera, supranacional y proyectos de armonización del derecho

- ORDENANZA n° 131, Código Civil francés, dada en Francia el 10 de febrero de 2016.
- LEY 26.994, Código Civil y Comercial de la Nación argentina, promulgada el 7 de octubre de 2014.
- DCFR *Translation Project*, versión del 15 de mayo de 2012.
- CÓDIGO Europeo de los contratos de la Academia de Pavía, Proyecto de Pavía, versión del año 2004.
- PRINCIPIOS europeos de derecho de los contratos (PECL), versión del año 2001.
- LEY n° 7, sobre condiciones generales de la contratación, publicada en España el 14 de abril de 1998.
- DECRETO lei n° 446, *Regime jurídico das cláusulas contratuais gerais*, publicado en Portugal el 25 de octubre de 1985.
- DECRETO Legislativo n° 295, Código Civil peruano, publicado el 25 de julio de 1984.
- DECRETO Real n. 262, *Codice Civile* italiano, publicado el 4 de abril de 1942.

### *Jurisprudencia citada*

#### 1. Jurisprudencia nacional

- TRIBUNAL de arbitramento de Valores y Descuentos Limitada contra BellSouth Colombia S.A., laudo del 4 de junio de 2002, expediente 744.
- TRIBUNAL de arbitramento Punto Celular Ltda. contra Comunicación Celular S.A. -COMCEL S.A., laudo del 23 de febrero de 2007, expediente 1225.
- TRIBUNAL de arbitramento de 3PL *Logistics Solutions* Colombia S.A.S. contra Virbac Colombia Ltda., laudo arbitral del 2 de junio de 2016, expediente 3674.

## 2. Jurisprudencia extranjera

CORTE de Apelación de Versalles, sentencia del 3 de mayo de 2016, RG nº 15/02478.

CORTE de Casación, Cámara Civil, sentencia de casación del 11 de marzo de 2014, rol 12-28.304.