

**PROTECCIÓN CONTRACTUAL DENTRO DEL NUEVO ESTATUTO DEL
CONSUMIDOR (LEY 1480 DE 2011)**

**JUAN SEBASTIÁN HENAO ZAPATA
CÓDIGO 0729041**

Trabajo de Grado para Optar al Título de Abogado

**TUTOR:
DR. FERNANDO GANDINI AYERBE
ABOGADO
MAESTRO EN DERECHO
ASPIRANTE A DOCTOR**

**UNIVERSIDAD ICESI
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
CALI
2013**

AGRADECIMIENTOS

A mis padres, Juan Fernando y Ana María, mi constante apoyo quienes sin saberlo, inculcaron desde niño el amor por el Derecho. A mi hermano, Jesus Andrés, a quien admiro por su tranquilidad e inteligencia. A mi familia, quienes hacen suyos mis triunfos, a María del Pilar Begué, que ha sido una invaluable compañía en esta última etapa de mi proceso académico.

ABSTRACT

The issue of a new consumer law or at least one that would complement the already existing was a necessity. Business had taken a different course and consumer relations saw a greater degree of asymmetry between the parties given the grade of specialization achieved by producers over the last thirty years in Colombia. Thus, the arrival of new consumer statute can be seen as the intention of the State to defend institutionally both consumers' and users' rights, those affected with the dynamic that led the country's economy from being closed to an open one, where the largest retailer of goods and services provider is not the State, and where the new economic guidelines established in the Constitution of 1991 expanded such markets, promoted the creation of new companies and sought the privatization of services historically provided by the State.

The most important developments in terms of consumer protection have been granted some time now through jurisprudence and doctrine. The constitutionalization of private law, discussed in its beginnings but already accepted by a large part of the Colombian legal community, has meant a step forward in consumer protection. The new Consumer Statute (Law 1480 of 2011) is expected to address the needs that the market has generated, and to allow consumers to bear the burden that the actual commerce has put upon them.

Key Concepts: Consumer Statute, Contract, Contractual Protection, Producer, and Consumer.

Conceptos Claves: Estatuto del Consumidor, Contrato, Protección Contractual, Productor, Consumidor.

Tabla de contenido

INTRODUCCIÓN: CONSIDERACIONES PREVIAS AL ESTUDIO DEL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR LEY 1480 DE 2011	1
1. NOCIONES GENERALES SOBRE EL CONTRATO Y SUS IMPLICACIONES EN LAS RELACIONES DE CONSUMO.....	4
2. CONTRATOS DE ADHESIÓN COMO CONSECUENCIA DE LAS RELACIONES ASIMÉTRICAS CONTRACTUALES DE CONSUMO.....	11
<i>2.1 Definición del Contrato de Adhesión</i>	11
<i>2.2 Características.....</i>	13
<i>2.3 Las Clausulas Abusivas en los Contratos de Adhesión</i>	14
3. LA NOCIÓN DEL CONTRATO EN EL DECRETO 3446 DE 1982 Y SU CAPACIDAD PARA ATENDER LAS NECESIDADES DE LOS CONSUMIDORES.....	16
<i>3.1.Descripción de la Norma.....</i>	16
<i>3.2. Tratamiento Jurisprudencial: Corte Suprema de Justicia</i>	18
<i>3.3. Tratamiento Jurisprudencial: Corte Constitucional.....</i>	22
4. NOCIONES DE CONTRATO EN EL NUEVO ESTATUTO DEL CONSUMIDOR: IMPLICACIONES Y PREDICCIONES	26
<i>4.1 Derechos de los Consumidores, Principios y Definiciones en la Ley 1480 de 2011</i>	27
<i>4.2 Protección Contractual en el Estatuto del Consumidor</i>	30
<i>4.3 El aspecto procesal de la Protección Contractual del Consumidor</i>	35
CONCLUSIONES.....	38
Bibliografía	42

INTRODUCCIÓN: CONSIDERACIONES PREVIAS AL ESTUDIO DEL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR LEY 1480 DE 2011

Durante los últimos 30 años las relaciones de consumo han cambiado constantemente. El advenimiento de nuevas tecnologías, los nuevos tipos contractuales y el desarrollo de un mercado que requiere de intercambios con mayor celeridad, generan una necesidad de simplificar el modelo de consumo a una relación bilateral- contractual, donde el pago de un precio acordado previamente, conlleva a una contraprestación, siendo esta generalmente, la entrega de un bien o la prestación de un servicio.

Dicha simplificación parecía ser la noción mínima desde la que partía el Estatuto al Consumidor (Decreto 3466 de 1982), donde obviando situaciones como la cadena de producción y de ventas, se resumía la noción de consumidor a la relación generada a partir de un intercambio entre el precio convenido y el bien o servicio ofrecido. Esta concepción, tácitamente establecida, no ahondaba en temas de altísima importancia como el equilibrio contractual, los contratos llamados leoninos y las cláusulas abusivas. Así mismo, desconocía las nuevas formas en que se desarrollan los negocios, supliendo sus vacíos normativos por medio de los ya antiquísimos Código Civil y Código de Comercio.

En estos se establecía una noción de contrato que de cierta forma delineaba las relaciones que se amparaban en el estatuto del consumidor. De acuerdo con el artículo 1495 del C.C. se entiende que *“Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o muchas personas”*. Por su parte el Código de Comercio en su art. 864 lo hace de esta forma: *“El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que este reciba la aceptación de la propuesta. Se presumirá que el oferente ha recibido la aceptación cuando el*

destinatario pruebe la remisión de ella dentro de los términos fijados por los Arts. 850 y 851”.

Como se puede apreciar, en estas nociones clásicas, el peculio de las partes siempre está comprometido; además, desde la misma definición que se hace dentro del marco legal, se establece que las relaciones son bilaterales y que tienen como principal objetivo el acreditar, a partir de dicho acuerdo, una manera de atomizar el riesgo y de generar contraprestaciones.

Esta limitada visión de un contrato era ajena a las otras figuras pre y post contractuales, y aún más, las mismas formas de contrato no encontraban muchas veces cabida en la incipiente noción que nos presentaba el Decreto 3466 de 1982. En este escenario de lo indefinido, el contrato dejaba de ser ley para las partes en tanto que la autonomía de la voluntad se encontraba cada vez más limitada, ya que muchas veces la información con la que contaban las partes era desequilibrada y que en gran medida, las relaciones bilaterales se constituían a partir de relaciones obligacionales desproporcionadas, aunque igualmente válidas, desconociendo los márgenes de la buena fe.

Colombia requería de nuevos instrumentos legales que dinamizaran el mercado y protegieran a los consumidores, dada la forma en que habían evolucionado las relaciones de consumo desde aquel intento en 1982 por regularlas. Las nuevas formas de consumo, la celeridad de los negocios y las situaciones generadas a partir de las nuevas tecnologías, no estaban reguladas en el estatuto anterior, siendo entonces imperativo un cambio legal en este sentido.

Lo anterior, anudado a los cambios constitucionales que se han venido generando, no solo en términos del marco constitucional, sino en su aplicación directa en materia de protección de las relaciones y derechos económicos, tendientes a generar en ocasiones vacíos normativos que solo podían llegar a ser solucionados por jueces, quienes investidos del

fueron constitucionales, lograban dar sentido o aplicación directa a las nuevas figuras, que en términos de protección al consumidor, se podían extraer de la Carta Constitucional del 91.

Es por esta razón, que los avances más importantes en términos de protección al consumidor se han generado, de un tiempo para acá, a través de la Jurisprudencia y la doctrina, ambas vertientes del derecho encargadas de decantar y dar sentido a una norma que a leguas se percibe como descontextualizada. La constitucionalización del derecho privado, discutida en sus inicios pero ya aceptada por una importante parte de la comunidad jurídica colombiana, ha implicado a su vez un avance en esta materia.

Por el gran cambio que supone en este escenario la llegada de una nueva regulación en esta materia dada por la Ley 1480 de 2011, se hace necesario indagar acerca de los pormenores, la intención de la norma y las posibles implicaciones de su interpretación en pro de la protección al consumidor, sobretodo aquellas encaminadas a soliviar las cargas que les son impuestas debido a fallas en el mercado como la información asimétrica, el desequilibrio contractual y los contratos de adhesión.

Determinar cuáles son los posibles cambios que se pueden derivar en materia de protección a los consumidores a partir de la nueva noción de contrato en este nuevo Estatuto, resulta necesario. Para lograr esta tarea, en este documento se realizará un paralelo entre las mencionadas normas y se analizarán las implicaciones de ambas respecto al tema de protección del consumidor

Este trabajo tendrá como objetivo retratar la situación anterior, regida por el Decreto 3466 de 1982, y buscará predecir cómo los cambios introducidos a partir del nuevo estatuto al consumidor generan beneficios o detrimentos en las relaciones de consumo reguladas.

Este texto entonces estará compuesto por cuatro capítulos. El primero de ellos denominado “Nociones Generales Sobre el Contrato y sus Implicaciones en las Relaciones de Consumo”, la doctrina cómo se ha discutido la figura del contrato como herramienta de

protección al consumidor; el segundo capítulo “La Noción del Contrato en el Decreto 3446 de 1982 y su capacidad para atender las necesidades de los consumidores”, tendrá como objeto determinar cómo el antiguo Estatuto del Consumidor definía el contrato y cómo dicha definición suponía o no una protección al consumo; el tercer capítulo llamado “Nociones de Contrato en el nuevo Estatuto del Consumidor: Implicaciones y Predicciones”, está encaminado a indagar y examinar cómo desde la definición de contrato de consumo allí propuesta, pueden o no generarse cambios positivos en materia de protección al consumidor; finalmente el cuarto y último capítulo denominado “Conclusiones” buscará brindar una noción depurada del Contrato de Consumo y una predicción final frente a las posibles implicaciones que la nueva normatividad generará en el marco social colombiano.

Si bien es cierto que puede resultar precipitado estudiar los efectos de una ley recientemente entrada en vigencia, se espera que el trabajo logre aproximar al lector, desde el campo de la dogmática jurídica, al estudio del impacto económico y social que el nuevo estatuto puede generar en la interpretación de los contratos, los tipos contractuales, y en general, la forma en que se protegerá al consumidor, desde el plano contractual, pasando por los términos de las garantías, la publicidad y demás ámbitos adyacentes a la relación contractual de consumo de bienes y servicios.

1. NOCIONES GENERALES SOBRE EL CONTRATO Y SUS IMPLICACIONES EN LAS RELACIONES DE CONSUMO

El entender claramente qué se entiende en la comunidad jurídica por contrato y cuáles son sus nexos con las relaciones de consumo, se instituye como el primer escalón si se busca analizar las implicaciones que puede tener la Ley 1480 de 2011 dentro del mercado colombiano, específicamente en lo relacionado con las relaciones plurilaterales de consumo. Este capítulo hará una aproximación a la doctrina legal, tanto nacional como internacional, con el fin de identificar la noción de contrato, cuáles son sus características

de acuerdo a las corrientes modernas y cómo estas se identifican con las relaciones de consumo. Para esto último es necesario tomar como base la doctrina internacional dado el escaso desarrollo que en este sentido ha habido en el plano colombiano.

La academia jurídica y la jurisprudencia han dado un salto en materia de las relaciones y de responsabilidad contractual, ampliando, en gran medida, el concepto de contrato. Esto desligando la idea del mismo como aquello únicamente pactado, y agregando a la figura la idea de deberes secundarios de conducta, emanados de la buena fe contractual. Estas últimas obligaciones son de carácter accesorio, las cuales deben ser sustento de todas las etapas de la relación contractual, precontractual y pos contractual.

Al referirnos entonces a la noción de contrato, resulta necesario indicar que es una institución que ha tomado mayor relevancia dentro del derecho civil moderno (y por supuesto, también en el derecho comercial), pues su carácter de fuente de obligaciones es innegable, así como la forma en que se crea, puesto que ya es claro para la doctrina que el contrato es un acto jurídico resultante del acuerdo de dos o más partes, bien sea si se habla de un contrato bilateral o uno plurilateral, y cuyo objetivo es constituir, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial (Galgano, 2007). Lo anterior lleva a pensar en dos situaciones, primero: ¿cuál es la razón por la cual una persona contrata con otra?, y segundo, ¿cuáles son los principios que se pueden extraer como rectores de la contratación?

El profesor Fernando Gandini¹, da respuesta a estos interrogantes: las personas contratan porque los contratos sirven como “mecanismos de atomización del riesgo” dado que permite a la parte “entender cuándo existe incumplimiento” y eventualmente tener “formas o válvulas de escape” que permitan hacer cumplir los pactado por las partes. Finalmente, concluye la explicación del porqué se contrata, con una explicación que podría parecer bastante somera, pero que da las bases para lo que interesa a este estudio sobre las implicaciones del contrato y las relaciones de consumo: “las personas contratan para hacer

¹Fernando Gandini Ayerbe, abogado de la Universidad San Buenaventura de Cali, Master II Contrato Nel Diritto Europeo de la Universidad de Roma, profesor titular de los cursos de Obligaciones I y II y Contratación Contemporánea de la Universidad Icesi

negocios, es decir, que son un vínculo entre el derecho y la economía” (Gandini, Notas de Clase Contratación Contemporánea Semestre 11-2, 2011).

En este sentido, el contrato se configura como un instrumento idóneo para alcanzar la eficiencia deseada, conforme medie en él la autonomía de la voluntad y además se garanticen en sus cláusulas, los mecanismos necesarios para evitar acudir a un tercero (llámese juez o árbitro), para otorgar el derecho correspondiente a cada una de las partes. En otras palabras, nadie conoce mejor sus intereses y lo que más les beneficia que las mismas partes; es en este aspecto donde contratar se instituye como la garantía endógena de eficiencia, siempre que se guarde correctamente el equilibrio contractual (Coleman, 2010).

Frente al segundo de los interrogantes aquí planteados, los principios rectores reconocidos por la doctrina especializada en la materia son el de autonomía de la voluntad, el equilibrio contractual y la buena fe. A continuación se pasa a hacer una brevísima descripción de estos conceptos, tomadas de Gandini:

La autonomía de la voluntad es “la libre manifestación de la voluntad de celebrar un contrato con la persona que se quiera, con el objeto que ambas partes deseen”, claro está que esta manifestación se da en el campo de la autodeterminación (cada persona puede elegir el contrato que desee celebrar, su objeto y la persona con la cual pretende celebrarlo) y el de la autorregulación (bajo cuál normatividad se va a someter la regulación de la relación bilateral).

El concepto de equilibrio contractual, se refiere a la proporcionalidad de las prestaciones, es decir, a los intereses de cada una de las partes. La única excepción que tiene este principio son los contratos aleatorios donde “*no hay equilibrio contractual debido a que existe un alea que lo altera*”.

Finalmente, por buena fe se entiende la directriz que pretende regular los comportamientos de las partes en una relación contractual, la cual ha ido, conforme pasan los años, tendiendo a ser cada vez más objetiva. En este sentido ha sido también incluida en el Código de Comercio en su artículo 871, de cuya lectura se puede deducir que la buena fe objetiva depende de la naturaleza del negocio y tiene incidencias frente a los efectos y eficacia de un negocio jurídico regulado por medio de un contrato. Es también necesario indicar que impone deberes, no solo durante la etapa contractual, sino pre y pos contractual, toda vez que las personas estén en la obligación de cumplir con el deber de secreto, protección mutua y el de información.

El derecho de los consumidores hace parte de la regulación externa del mercado, haciendo énfasis en las vastas luchas libradas para lograr un amparo en el ordenamiento jurídico que diera tránsito de una protección “a favor del acreedor”, a una “a favor de la parte débil”. Esta lucha se llevó con mayor ahínco en los últimos treinta años del siglo XX, cuando se pasó de limitar la protección de la parte en el contrato, a proteger al consumidor, noción íntimamente ligada a la del acto de consumo y por lo tanto, no discriminaba si la persona fuera o no acreedora, o deudora dentro de la relación bilateral contractual (Lorenzetti, 2003).

En un sentido parecido se expresa la profesora titular del área de Derecho Civil de la Universidad de Valencia, María José Reyes López, quien recalca el hecho de que el derecho de los consumidores es una victoria que se ha configurado como un derecho estatutario (tal como es el caso en Colombia), que ha nacido después de una sucesión de normas “tendientes a la protección del individuo y de los intereses difusos”, que se basa en la protección de aquellas personas que no realizan una actividad empresarial (Reyes López, 2004).

Corresponde ahora identificar la noción de consumidor y la de contrato de consumo, pilares de este campo del derecho. De ambos conceptos existen vastas nociones, que si bien nutren

la discusión doctrinal, no necesariamente sirven para identificar plenamente las características de uno y otro.

Frente a lo primero, resulta necesario indicar que la doctrina no ha dado una noción uniforme de lo que es un consumidor. Los estatutos estudiados bajo el lente de este trabajo, tampoco brindan una única noción de consumidor, más allá de mantener claros ciertos aspectos esenciales. En este sentido se expresan también gran parte de los tratadistas. Fernández Gimeno, al realizar un estudio similar frente a esta noción dentro del marco de la Comunidad Europea (haciendo énfasis especialmente en España), indica que no es raro ver muchas veces, que la noción de consumidor es erróneamente utilizada al equipararla a la de ciudadano o a la de administrador, suponiendo entonces que el legislador, aún siendo muchas veces consciente de las diferentes acepciones, yerra en su definición dada la ausencia de uniformidad de la ley, a causa de una laxa o nula codificación (Fernández Gimeno, 2004).

Es por esta razón que Fernández Gimeno propone en su estudio dos clasificaciones de consumidor, dividida conceptualmente en i) *abstracto y concreto* y ii) *material y jurídico*. El concepto *abstracto* de consumidor se equipara al de ciudadano y sirve para atribuirle derechos a todos los ciudadanos dada su condición de consumidores. El sentido *concreto* se refiere a una persona en particular, donde los derechos pueden ser ejercidos dada su condición de parte en una relación económica que lo identifica como usuario, cliente o consumidor final (no siendo estas mutuamente excluyentes). Finalmente, el consumidor *material* se entenderá como quien realice el disfrute, goce del bien o servicio y podrá eventualmente coincidir con el consumidor *jurídico*, quien es el que ejercita sus derechos derivados a la adquisición del bien o servicio.

Ahora, frente al contrato de consumo, el tratadista argentino Aparicio, lo define (al parecer, tautológicamente) como aquel donde una de las partes es un consumidor y que por ello se deriva de una relación de consumo (Aparicio, 1997). Mientras que Lorenzetti (2003) establece como principal característica de los contratos de consumo, el hecho que las

personas que adquieran el bien lo hagan para el *consumo final*, contrario a lo que muchos tratadistas sostienen, quienes caracterizan al contrato de consumo a partir de la adhesión.

La anterior definición hace necesaria una definición final de consumidor, extraída tanto de la concepción económica, como de la jurídica. Principalmente se caracteriza por ser aquel que adquiere bienes o servicios para la satisfacción de sus necesidades, sin ser utilizadas luego como bienes de cambio. Es decir, el consumidor final es aquel que adquiere un bien sin intenciones de incorporarlo a un proceso de producción, ni buscar ganancias por una posterior enajenación. Tan solo adquiere bienes para el uso privado, familiar o social (Rinessi, 2006).

Teniendo en cuenta lo expresado por los autores, es claro que no existe uniformidad en cuanto a qué se entiende por consumidor; la pluralidad de conceptos de consumidor es igual o mayor que la del concepto de contrato y uno y otro, son conectados a través de la jurisprudencia. Es necesario para este estudio que se parta de una única base: la relación de consumo siempre llevará inmersa una relación contractual, independiente de la naturaleza del bien o servicio, o de la onerosidad o gratitud del contrato.

Comulgando de forma total con Rinessi y Lorenzetti, la relación contractual de consumo, debe estar ceñida a una relación final de consumo: cualquier aprovechamiento de dichos bienes o servicios para el desarrollo de una actividad económica, no será entonces una relación de consumo y por tanto no tendrá lugar a la protección que de ella emane. En este sentido se expresa nuestra legislación colombiana, tal cual como será examinado en los capítulos siguientes de este trabajo.

Se pasa entonces, a identificar con claridad cuáles son los alcances que puede tener una norma jurídica en términos de una protección contractual al consumidor, y cuáles son las necesidades que toma en cuenta el legislador para expedirla. Es innegable que en una relación de consumo existen temas sustantivos que imposibilitan a los consumidores allegarse al negocio jurídico con equivalentes condiciones. El desconocimiento y la

información asimétrica generan que en la gran mayoría de los casos, la relación de consumo parta de una base de confianza, que el consumidor deposita en el productor o miembro de la cadena de distribución que pone a disposición del mercado sus mercancías o servicios, desconociendo los pormenores y las calidades y sin tomar en cuenta que la publicidad tiende a generar expectativas no alcanzadas por el producto en todo momento. Los contratos muchas veces son adhesivos y las garantías presentadas por el producto o servicio no siempre son las mejores. Ello implica que esta materia requiere ser regulada, de forma tal que responda a las necesidades de los consumidores colombianos y que guarde armonía con las disposiciones de otros países de acuerdo al mundo globalizado que circunscribe al mercado.

El Estado ha pasado por diferentes etapas en cuanto a su participación económica, no obstante, las tendencias en la actualidad se ciñen a los conceptos de uno planificador y/o uno regulador. El primero hace referencia a un Estado que a través de las técnicas empresariales, busca la asignación de recursos escasos y el segundo, aquel que a través de reformas institucionales permite una mayor eficiencia en el plano regulador del Estado, siendo entonces capaz de solventar algunos de los fallos del mercado (Ariño Ortiz, 2003).

Este último plano podría entenderse como el *metamercado* en términos de Schwartz (Schwartz, 1980), o sea, ese espacio donde las instituciones tienen que plantearse aquellos problemas que deberán ser solucionados en cumplimiento y concordancia con las disposiciones comprendidas en la Constitución. De esta forma, puede afirmarse que tanto el Decreto 3466 de 1982, como la Ley 1480 de 2011, son respuestas del Estado colombiano para la desprotección a la que están sometidos los consumidores, es por esta razón que se pasará a estudiar cómo ha sido la aproximación legal y jurisprudencial que ha habido frente a ambos Estatutos.

2. CONTRATOS DE ADHESIÓN COMO CONSECUENCIA DE LAS RELACIONES ASIMÉTRICAS CONTRACTUALES DE CONSUMO

En temas de consumo un fenómeno que ha entrado a jugar un papel preponderante dentro del esquema de mercado que se plantea es el de la contratación adhesiva; practica usual, justificada en la forma asimétrica en que se relacionan las partes del contrato, siendo entonces un aprovechamiento de la parte fuerte de la relación contractual por imponer las cláusulas que circunscribirán el negocio. Lo anterior, da lugar a una nula o mínima interacción de las voluntades de las partes, razón por la cual se ve, según parte de la doctrina, limitada la voluntad del contratante que se adhiere por lo tanto yendo en contravía con la teoría general del contrato. A continuación se da paso a estudiar dicha figura, para entender su relevancia en los temas específicos de derecho de consumo.

2.1 Definición del Contrato de Adhesión

El contrato de adhesión ha sido interpretado de diferentes formas, principalmente en lo referente a si dada la ausencia de capacidad negocial de una de las partes permite entenderlo como un contrato. Antes de entrar a definir el contrato de adhesión es preciso indicar que el contrato puede ser visto tanto desde la perspectiva instrumental, donde se entiende como la técnica por medio del cual se da lugar al intercambios económicos, y la clásica noción donde el contrato es visto como un acuerdo de voluntades (Larroumet, 1998). En el plano del mercado de consumo es necesario interpretar al contrato como el expuesto en la primera categoría dada la complejidad con que acuden las partes al mercado, siendo una de las partes considerablemente mas fuerte que la otra, permitiéndose ofertar las condiciones en las que se va a contratar, sin permitir en muchas ocasiones que su contraparte pueda negociar dichas cláusulas del contrato (Gazmuri, 2003).

El contrato de adhesión, por oposición a los contratos de libre discusión, tiene como fundamento que existe una parte con suficiente poder en la negociación que logra imponer

un contrato a cuyas cláusulas se adhiere la contraparte. En sí, el problema que se presenta no es referente a uno de igualdad jurídica sino a uno de igualdad negocial, en cuyo seno se justifica la imposición de cláusulas de una parte a otra.

De acuerdo al tratadista Vigurí Perea, al estudiar esta modalidad de contratar en el seno del mercado de EEUU, los contratos de adhesión también son entendidos como contratos estándar, y son definidos como los que las empresas ofrecen a los consumidores de bienes y servicios unilateralmente todo esto bajo la modalidad del *“take it or leave it”* (lo tomas o lo dejas) y en donde no le otorga el más mínimo poder de negociación. Así mismo, estos mismo suelen ser impuestos de forma abusiva, aprovechando el escaso poder de negociación del consumidor (Vigurí Perea).

En términos generales, los contratos de adhesión son aquellos donde *“[...]las condiciones del contrato son dictadas por una de las partes, mientras que la otra se limita a aceptarlas, sin que exista al respecto discusión”* (Gandini, Contratos de Adhesión, 2010). Esta definición parece ajustarse a lo dispuesto por la legislación colombiana, toda vez que encuentra simetría con lo indicado en dos de sus normas de mayor impacto en el mercado de consumo de bienes y servicios en Colombia.

La Ley 1328 de 2009, por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones, define a los contratos de adhesión en su artículo 2º literal f) como *“los contratos elaborados unilateralmente por la entidad vigilada y cuyas cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose estos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad”*. Por su parte la Ley 1480 de 2011, la cual da origen a este escrito, define los contratos de adhesión en su artículo 5º numeral 4º como *“[a]quel en el que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas”*. Como puede notarse, el legislador colombiano ha identificado en uno y otro caso al contrato de adhesión buscando igual

protección al consumidor en general, tanto al de bienes y servicios como al de servicios financieros.

2.2 Características

Al haber definido el contrato de adhesión, es posible establecer ciertas características principales, que permiten delinear este fenómeno. No obstante, es preciso anotar que no existe una única caracterización de este contrato.

Una parte de la doctrina, por ejemplo, encuentra que se esta frente a un contrato de adhesión cuando: (i) un documento cuya validez legal esta en entredicho, el cual contiene una pluralidad de clausulas y aspira ser un contrato; (ii) dicho contrato ha sido redactado por o a nombre de una de las partes de la transacción; (iii) la parte que redacta el contrato ha participado o participa en diferentes negocios de similares características; (iv) dicho contrato es propuesto a la contra parte quien a prevención es conocedor de su poca o nula capacidad de modificar el clausulado; (v) de haber espacio para negociar algunas pocas clausulas, deberá llegarse a un acuerdo y posteriormente debe haber suscripción de las partes del contrato final; (vi) la parte adherente participa o ha participado en pocas transacciones o negocios de este tipo; (vii) la principal obligación del adherente es la obligación del pago de una suma de dinero a cambio de la transacción de un bien o servicio (Rackoff, 1983).

Como puede verse, a dicha lista de características habría que suprimírsele el hecho de ser necesario que se presente por escrito el contrato, en vista de la importancia que toman los acuerdos verbales en el mundo de los negocios actuales. En pocas palabras, un contrato de adhesión se caracteriza por que: (i) puede ser verbal o escrito; (ii) se antepone a la forma tradicional de elaboración del contrato, en cuanto a poca o nula negociación previa; (iii) esta encaminado a regular las relaciones entre una parte fuerte y otro sujeto que por lo general es un sujeto indeterminado: los consumidores; y (iv) no son exclusivos de tipo de contrato (Gandini, Contratos de Adhesión, 2010).

2.3 Las Clausulas Abusivas en los Contratos de Adhesión

El tema importante dentro de la protección al consumidor al momento de adentrarse a estudiar los contratos de adhesión es precisamente el abuso de la posición dominante que tiene el sujeto que redacta o propone el contrato. Este tema, novedoso en nuestra jurisdicción, resulta mas o menos amigable en cuanto a su tratamiento en otras jurisdicciones. Tanto en EEUU como la Unión Europea se ha tendido a dar apoyo a los consumidores buscando que la imposición de clausulas no riña con sus derechos, principalmente logrando que la interpretación sea siempre la más favorable para la parte débil de la relación contractual.

La gran mayoría de los consumidores están interesados en los productos o servicios que van a adquirir sin dar lugar a estudiar el contrato que tienen en frente; en muchos casos incluso desconocen que transversal al negocio que tienen en frente, en realidad existe un contrato que regulará la relación a futuro. El precio, las garantías, los términos y condiciones en general, simplemente son aspectos secundarios para gran parte de la población que se adentra en el mercado de bienes y servicios. Esta situación, se traduce en un contexto demasiado tentador para el proveedor o productor, y por lo tanto se aprovecha de ello pactando clausulas que no siempre verán reflejados los intereses de los eventuales compradores o consumidores del producto (Hatzis, 2008).

Las clausulas abusivas son entonces *“las que colocan a la otra parte a merced del empresario predisponente, como ocurre, por ejemplo, con las que prácticamente dejan sin efecto las normas sobre garantía”* (Farina, 2005). De acuerdo a la Corte Suprema de Justicia, se caracterizan estas clausulas por el hecho de (i) ser negociadas individualmente (se una imposición unilateral); (ii) generan un desequilibrio significativo de cara a los

derechos y las obligaciones de las partes contratantes, y (iii) lesionan los requerimientos emergentes de la buena fe negocial. (Sentencia del 2 de febrero de 2001, 2001).

La Directiva 93/13/EEC de la Unión Europea proveyó a los países un marco de reglas que permitieran menguar la afectación de los consumidores de posibles cláusulas abusivas en los contratos de consumo. Esta iniciativa tenía como metas tres aspectos principalmente: proteger a los consumidores de cláusulas abusivas que fueran en detrimento de ellos insertadas en un contrato sin su consentimiento; enlistar unos ejemplos de cláusulas abusivas comunes a este tipo de contratos de manera no taxativa; y prevenir a los vendedores o miembros de la cadena de distribución de imponer este tipo de cláusulas en sus contratos, creando así un mercado más competitivo y un ambiente más seguro para que consumidores y productores realicen sus transacciones.

En este mismo sentido se ha querido expresar el legislador colombiano en la Ley 1480 de 2011, donde se indica con claridad una lista no taxativa de cláusulas abusivas, se le brinda herramientas al consumidor para que sea protegido, y expresa una clara prohibición a la utilización de este tipo de cláusulas. El estatuto define las cláusulas en su artículo 42° como *“aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza”*. Además agrega que *“[l]os productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, En caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho.”*

Lo anterior da cuenta de la intención del legislador colombiano de adecuarse a las disposiciones relativas a los derechos de los consumidores en el plano internacional. Evidentemente se espera que la norma logre socavar la mal llamada astucia de los proveedores y productores que incluyan este tipo de cláusulas en sus contratos, sin esto indicar que sea malo la contratación adhesiva, pues no puede confundirse contratos

adhesivos con cláusulas abusivas, aun cuando pueda ser un rasgo común en muchos de ellos, toda vez que *“si bien se podría considerar que este fenómeno (las cláusulas abusivas) es igual al del contrato de adhesión, existen diferencias entre los dos, pues mientras en este último se hace énfasis en la imposibilidad de discutir las condiciones, en aquel se hace referencia no sólo a la imposibilidad de discutir las condiciones sino también al hecho de que el contrato ha sido elaborado con estipulaciones que son aplicables a un número plural de personas”* (Cardenas Mejia, 2007).

3. LA NOCIÓN DEL CONTRATO EN EL DECRETO 3446 DE 1982 Y SU CAPACIDAD PARA ATENDER LAS NECESIDADES DE LOS CONSUMIDORES

El presente aparte tiene la intención de establecer cuáles eran las nociones en el Decreto 3466 de 1982 de Consumidor, sobre contrato de consumo y cómo a través de estas (si las hubiere), existía o no una protección efectiva de los derechos de los consumidores. Para ello se abordarán tres aspectos generales: (i) Descripción de la Norma; (ii) Tratamiento Jurisprudencial: Corte Suprema de Justicia y (iii) Tratamiento Jurisprudencial: Corte Constitucional.

3.1.Descripción de la Norma

El Decreto Ley 3466 de 1982 estaba compuesto principalmente por una serie de normas que definían los conceptos principales que componen a las relaciones de consumo, haciendo un especial énfasis en los conceptos de productor, consumidor, garantías (en sus diferentes especies) y los procedimientos y competencias con las que contaban los consumidores para hacer valer sus derechos, así como lo propio pasa con los productores y la Superintendencia de Industria y Comercio, a quien también se le asignan ciertas materias que serán de su competencia.

En términos generales, el Estatuto respondía de manera directa a las necesidades de la población, en cumplimiento con lo establecido en la Ley 73 de 1981 por medio de la cual se le otorgaron competencias especiales al gobierno. De esta manera se le permitió al Estado intervenir de manera directa en la regulación del mercado de bienes y servicios. No obstante, aunque existía una mención en cuanto a la relación contractual, que iba unida a la relación de consumo, ésta se limitaba a la identificación de las partes (productor-consumidor) y a las garantías a las que estaba sometido el bien o servicio objeto del contrato de consumo.

En este sentido, el Estatuto del 82 define en su artículo 1º, a los productores como *“toda persona natural o jurídica, que elabore, procese, transforme o utilice uno o más bienes, con el propósito de obtener uno o más productos o servicios destinados al consumo público. Los importadores se reputan productores respecto de los bienes que introduzcan al mercado nacional”* y a las diferencias de los proveedores o expendedores los cuales son definidos como *“toda persona, natural o jurídica, que distribuya u ofrezca al público en general o a una parte de él, a cambio de un precio, uno o más bienes o servicios producidos por ella misma o por terceros, destinados a la satisfacción de una o más necesidades de ese público”*.

El literal C de ese mismo artículo define el concepto de consumidor e introduce en la ley la primera noción de contrato: *“toda persona, natural o jurídica, que **contrate** la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado, para la satisfacción de una o más necesidades”*. Además de las ya mencionadas definiciones, se incluían definiciones de propaganda comercial, idoneidad y calidad de los bienes y servicios.

En cuanto a la calidad y la idoneidad, hace referencia a la responsabilidad directa de los productores y si se trataba de bienes importados, tanto el importador como el productor tenían la carga de responder por aquellos que ingresados al país, no cumplían con sus especificaciones técnicas. Esto vislumbra la posibilidad que tenía un consumidor para

reclamar una reparación al productor del bien o servicio con quien haya contratado, para que la prestación obligacional cumpla verdaderamente con los intereses que dieron origen al contrato de consumo.

Ahora, existe en el artículo 27° de la norma una disposición sobre las sanciones y procedimientos administrativos que debían adelantarse para que efectivamente pudiera el consumidor buscar la protección de sus derechos. En términos generales, la norma hace referencia a las garantías como parte de la protección contractual que se deriva del contrato de consumo, destacando principalmente dos categorías de garantías: la mínima presunta y las que otorguen los productores y los proveedores o expendedores, caso para el cual estos últimos dos tendrán un vínculo de responsabilidad directa.

Otro aspecto que se regula en este Decreto corresponde al tema de la propaganda comercial, donde se destaca la protección a los consumidores que hayan sido forzados al error a través de la creación de falsas expectativas, ya sea por los incentivos o por las imágenes contenidas en dichas propagandas.

Finalmente el Decreto 3466 de 1982 establecía en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio la función de adelantar toda la veeduría y procedimientos administrativos contenidos en la norma. Como se verá en las sentencias que se repasarán más adelante, esto fue estudiado por la Corte Constitucional, y estas competencias se ampliaron con la llegada del Estatuto de la Ley 1480 de 2011.

3.2. Tratamiento Jurisprudencial: Corte Suprema de Justicia

A lo largo de los años de vigencia de la totalidad de los artículos del Decreto, diferentes procesos llegaron a etapas de Casación en la Corte Suprema de Justicia. Dicha Corporación delineó un parámetro firme en cuanto a la interpretación de la norma jurídica, esclareciendo

los conceptos, premisas y principios que circunscribían la protección efectiva de los derechos al Consumidor.

La Corte define al Estatuto del Consumidor del Decreto como *“un conjunto de normas enderezadas, en lo medular, a reglamentar lo concerniente con las condiciones de idoneidad y calidad que debe cumplir el producto; la responsabilidad que se deduce por no reunirlos; las causales de exoneración que pueden aducirse; las garantías, entre ellas la mínima presunta, que la relación de consumo involucra y cualquier otra que los fabricantes puedan ofrecer; los efectos de las leyendas y propagandas de los que éstos se valen para divulgar y promocionar los bienes que manufacturan; la obligación de fijar el precio máximo que puede cobrarse al público y la forma como debe hacerse; las sanciones administrativas a que hay lugar, etc.*

En fin, como ya se advirtiera, el aludido estatuto contempla un conjunto de medidas que amparan al consumidor en el concreto marco de hipótesis que en él se reseñan, además que sienta los principios de todo orden que rigen la materia.” (Sentencia del 30 de abril de 2009, 2009)

Frente a la teleología de la norma, la Corte, en un estudio juicioso, estableció con claridad que la intención del Estatuto del Consumidor era la de proteger a aquellos consumidores que se encontraban en condiciones de debilidad en relación a su contraparte contractual. En palabras de la Corte:

“[...] sobre los derechos de los consumidores, que guardan afinidad con las mencionadas acciones de grupo, dijo que una ‘de las principales pretensiones del estatuto [del consumidor] fue la de amparar los intereses de un sector de la comunidad que, por lo menos en términos generales, se encuentra en condiciones de debilidad frente a los operadores comerciales profesionales’ (Sent. Cas. Civ. 3 de mayo de 2005, Exp. No. 4421-01), lo anterior corrobora que en materia de ‘derechos difusos’, la directriz se centra en la adopción de mecanismos que equilibren las relaciones entre sujetos ubicados en diversas condiciones económicas, con el fin de proteger a quien en desventaja se encuentra, lo que lleva a la Corte a no apartar la mirada de tan importante materia.

“Luego el criterio para admitir el recurso de casación frente a una acción de grupo, está vinculado a la naturaleza misma de la pretensión y del mecanismo para hacerla efectiva, al margen de los montos reclamados por los demandantes o esperados por estos, como resultado obtenido o frustrado, con la sentencia del Tribunal que se censura a través de la impugnación extraordinaria, pues acudir a las pautas tradiciones (sic) omitiría el sentido verdadero que quiso plasmarse en la reglamentación del ejercicio de la acción constitucional contemplada en el artículo 88 de la Carta” (Auto del 16 de junio de 2005, 2005)

Como puede observarse, no solo la Corte reconoce la importancia de proteger los derechos de los consumidores, sino que existe también un deber impuesto por la Constitución Política de 1991 de poder actuar como un grupo para buscar la tutela efectiva de sus derechos. El reconocimiento, por parte de la Corte de Casación de esta naturaleza, comprende en sí mismo una aproximación a una protección contractual mayor a la simplemente establecida para el individuo consumidor, toda vez que a través de la acción de grupo se permite que los consumidores accedan a un control jurisdiccional mayor y que no está ligado a los montos mínimos del valor de las pretensiones que se exigen para acceder al recurso de Casación Civil y Comercial.

Aludiendo a lo anteriormente citado, la Corte reconoce que los preceptos decimonónicos liberales que refrendan la autonomía de la voluntad, deben ser limitados en el plano del comercio actual, principalmente en relación con los contratos de consumo, donde una de las partes encuentra desequilibrada la posición en la que concurre dentro del mercado. La alta especialización de los productores, empresarios y demás miembros de la cadena productiva, implica al mismo tiempo una fisura con los consumidores, a quienes los jueces de la República no deben tratar conforme al apego a los códigos Civil y Comercial, sino de forma tal que logren poner equilibrio a lo que por naturaleza y/o circunstancias no lo tiene.

La relación de consumo es entonces para la Corte, por la naturaleza de las partes, desequilibrada, pues entiende que existe un vínculo obligacional surgido del contrato

mismo de consumo, donde el productor actúa con conocimiento técnico específico y profesional y con una capacidad económica solidificada por su continuo actuar en el mercado, relación que se debe buscar corregir a través de la jurisprudencia y las disposiciones del legislador. (Sentencia del 30 de abril de 2009, 2009)

En cuanto a la naturaleza de la relación contractual, el principal reconocimiento que hace la Corte, en consonancia con lo indicado por la ley, es que el principio de relatividad de los contratos se ve suspendido en este tipo de relaciones. La Sala de Casación Civil de la CSJ en diferentes sentencias logra esgrimir el argumento anterior, indicando que el contrato tiene por su misma naturaleza una finalidad social y económicamente trascendente y por lo tanto, es en sí mismo el instrumento idóneo para el intercambio de bienes y servicios, no sin antes indicar que los efectos relativos cuentan con una salvedad: en virtud de la protección que debe garantizársele a los consumidores, estos están amparados por la ley para poder realizar la reclamación por defectos al proveedor o fabricante de bienes y servicios, así este sea un tercero ajeno a la relación contractual entre el vendedor y el consumidor.

La Corte se expresa en este respecto de la siguiente forma:

“Agrégase, además, que si bien la aplicación y ejecución de los contratos no puede extenderse, en línea de principio, más allá de la esfera de quienes intervienen en su formación, es decir, que el efecto relativo de los negocios jurídicos impone que, por excelencia, quienes conforman una determinada relación o sus causahabientes, sean los destinatarios de sus efectos y consecuencias, no es menos cierto que la misma ley ha adoptado diversas excepciones a tal postulado, amén de aquellas que en buen número han introducido la doctrina y la jurisprudencia.

Ejemplos claros respecto de las salvedades a la relatividad de los efectos de los contratos, se encuentran en disposiciones como las que han regido los procesos concursales o liquidatorios; en materia laboral, las convenciones colectivas del trabajo; en materia

comercial, la autorización a la víctima para reclamar de manera directa al asegurador en las condiciones de victimario o responsable del siniestro (ley 45 de 1990); el derecho del usuario para reclamar directamente al proveedor o fabricante por defectos del bien adquirido [...]” (Resaltado y subrayado propio) (Sentencia del 7 de agosto de 2007, 2007)

Como puede verse, la CSJ al estudiar los casos que le competen, relacionados con los derechos a los consumidores y los contratos de consumo, lo ha hecho apartándose de la mera aplicación de la interpretación de los contratos, la teoría y la ley y propende por caracterizar y diferenciar a los contratos de consumo como unos de especial tratamiento. Es innegable que existe mayor amparo jurisprudencial que el mismo legal, y que los avances que comprenden los fallos de la Corte aquí indicados dan muestra de un trabajo judicial que excede a la norma y que entiende las necesidades que la población de consumidores tiene al adentrarse en el mercado.

3.3. Tratamiento Jurisprudencial: Corte Constitucional

Es necesario recordar que la Corte tiene dos tipos de sentencias, las Tipo C o de Constitucionalidad que nos permiten entender los temas generales y los conceptos, definiciones que la misma Corte hace o complementa y las sentencias de tutela o tipo T, que sirven a este estudio para esclarecer las subreglas que genera la H. Corte al momento de fallar casos específicos que ha creado a partir de su *ratio decidendi*.

Independientemente de los efectos, ya sean *erga omnes* o *inter partes*, o si el fallo de la Corte Constitucional se hace a través de un control difuso o concentrado de la Constitución, esta sección nos permitirá una vez más confirmar que en temas de consumo, así como en muchos otros aspectos del derecho privado, con la llegada en 1991 de la Carta Constitucional vigente, se ha llevado un proceso de constitucionalización del derecho privado (Calderon Villegas, 2007).

La Corte hace una importante aproximación a los temas del consumidor, en la sentencia C-1141 de 2000 con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz. En este fallo examina la exequibilidad de los artículos 11 y 29 del Decreto 3466 de 1982, estableciendo a lo largo del documento diversos planteamientos relativos a las cargas constitucionales que han sido puestas sobre el mercado a partir del 91. Igualmente, en el fallo la Corte enfatiza en los temas de protección al consumidor, precisamente delineando el alcance que los derechos del consumidor tienen, cuáles son los aspectos de especial protección y cuáles son los límites que el Estado colombiano debe imponer al mercado para lograr esta situación.

Al respecto de los derechos de los consumidores, la H. Corte se pronunció de la siguiente manera:

“Los derechos del consumidor, no se agotan en la legítima pretensión a obtener en el mercado, de los productores y distribuidores, bienes y servicios que reúnan unos requisitos mínimos de calidad y de aptitud para satisfacer sus necesidades, la cual hace parte del contenido esencial del derecho del consumidor. El derecho del consumidor, cabe advertir, tiene carácter poliédrico. Su objeto, en efecto, incorpora pretensiones, intereses y situaciones de orden sustancial (calidad de bienes y servicios, información); de orden procesal (exigibilidad judicial de garantías, indemnización de perjuicios por productos defectuosos, acciones de clase etc.); de orden participativo (frente a la administración pública y a los órganos reguladores) (subrayado propio)”. (Sentencia C-1140 de 2000, 2000)

Es preciso entonces identificar con exactitud qué se entiende por carácter poliédrico de los derechos de los consumidores: que tienen una relación triangular, toda vez que reúnen en sí mismos aspectos sustantivos, procesales y participativos. Es decir, que los consumidores no solo tienen derecho a conocer sobre los bienes que están adquiriendo en el mercado, sino que al mismo tiempo deben contar con una garantía presunta de idoneidad y calidad por parte de los productores y proveedores. Así mismo, la exigibilidad de estos derechos requiere tanto de celeridad como de espacios específicos, procedimientos especiales y

capacidad de actuar, no solo buscando el cambio de productos, sino al mismo tiempo reclamando por los perjuicios ocasionados. Además de tener garantías sustantivas y adjetivas, tienen los consumidores la potestad de actuar en grupo y de relacionarse directamente ante los órganos de la administración pública y los de control.

Así mismo, al examinar la carga que es puesta por parte de la Constitución del 91 sobre el Estado para desarrollar la protección de los consumidores, la Corte hace referencia expresa a la interpretación contractual que debe realizarse sobre la relación de consumo y el carácter protector que debe tener esta interpretación:

“La Constitución ordena la existencia de un campo de protección en favor del consumidor, inspirado en el propósito de restablecer su igualdad frente a los productores y distribuidores, dada la asimetría real en que se desenvuelve la persona que acude al mercado en pos de la satisfacción de sus necesidades humanas [...] El programa de protección, principalmente, se determina a partir de la ley, los reglamentos y el contrato. Es claro que la fuente contractual debe interpretarse de conformidad con los principios tuitivos del consumidor plasmados en la Constitución.” (Sentencia C-1140 de 2000, 2000)

A partir de lo anterior, esboza un argumento similar al de la Corte Suprema de Justicia: el contrato de consumo es desequilibrado y además de correlacionar dos partes (vendedor y consumidor), debe interpretarse de forma amplia en sus efectos y en la relatividad de las obligaciones, toda vez que debe permitírsele al consumidor reclamar de forma directa a aquellos otros miembros de la cadena productiva por la garantía que le compete. Lo anterior entonces conlleva a que se diferencie entre productor y distribuidor como miembros de la cadena de distribución, pero que en los casos en que uno y otro sean el mismo sujeto (es decir, la mayoría de los casos) aún sin existir un vínculo contractual, el productor siempre estará obligado a responder por la calidad e idoneidad de su producto de forma directa, así como también por los daños y perjuicios que a razón de fallas en este sentido ocasione, esto con el fin constitucional de disminuir la asimetría en las relaciones de consumo.

La Corte ha establecido a través de su jurisprudencia de tutela, la capacidad de amparar los derechos vislumbrados en el Decreto a través de las acciones de grupo constitucionalmente comprendidos en el artículo 88 de la Carta Política colombiana. No obstante, la discusión se centró en si los estímulos económicos podrían o no equipararse a una indemnización, y por ello no poder incoarse a través de estas acciones la protección de los derechos de los consumidores. La Corte Constitucional, en todo caso, estableció los lineamientos por medio de los cuales puede apoyarse un grupo de consumidores en estas acciones a través del fallo de la T- 466 de 2003 donde indicó lo siguiente:

“Se observa por la Corte que la Ley 472 de 1998, dada la naturaleza jurídica de las acciones colectivas y la finalidad constitucional que con ella se persigue, instituye un mecanismo que estimule al ciudadano para incoarlas mediante estímulos de carácter premial, que, aunque son de carácter económico no pueden confundirse, en ningún caso con una indemnización por la reparación de un daño. El resarcimiento de perjuicios es asunto extraño por completo a la finalidad de estas acciones en las que lo que se defiende no son intereses privados, ni derechos subjetivos de alguien en particular, sino el interés colectivo, que es superior a los de carácter individual, pero que no podría ser protegido por la decisión jurisdiccional sino mediara la interposición de la acción.

Tratándose de la protección de los derechos de los consumidores, no se requiere entonces la existencia de un daño, tampoco la de un perjuicio, ni hay lugar mediante el ejercicio de una acción colectiva a una indemnización reparatoria, como ya se dijo. Lo que el legislador protege es el derecho de quienes adquieran un producto o servicio determinado, a no resultar defraudados en la confianza pública que el productor debe honrar permanentemente y con respecto a todos. Es la simple posibilidad de que lo ofrecido no corresponda a la realidad en calidad, cantidad, condiciones de higiene y demás especificaciones particulares del producto o del servicio, lo que merece la protección del Estado. Son, como se ve, los denominados en otras legislaciones “intereses difusos”, que no obstante serlo, tienen sin embargo la protección prevista por el legislador y decretada luego, en cada caso, por el juez”. (T-466 de 2003, 2003)

Finalmente, la Ley 448 de 1998 y la jurisprudencia constitucional permitieron que no solo se diera una protección contractual ya mencionada a lo largo de este trabajo, sino que los consumidores contaran con un velo mayor gracias a la asignación de poderes jurisdiccionales a la Superintendencia de Industria y Comercio, quien a prevención, contaría con competencias para conocer sobre temas de publicidad engañosa, cumplimiento de garantías, suspensión de producción y/o comercialización de bienes o servicios e imposición de sanciones a aquellos que violen los derechos del consumidor. No obstante, la Corte realizó especial énfasis en que esta delegación de funciones específica no podía tomar un carácter absoluto, puesto que esta no era la intención del legislador y por lo tanto, la interpretación de sus facultades debía ser restrictiva. (Sentencia C-1071 de 2002, 2002) Esto como podrá ser visto en el siguiente capítulo cambió radicalmente con la llegada de la Ley 1480 de 2011 y las funciones jurisdiccionales puestas en cabeza de la misma SIC.

4. NOCIONES DE CONTRATO EN EL NUEVO ESTATUTO DEL CONSUMIDOR: IMPLICACIONES Y PREDICCIONES

La expedición de un nuevo Estatuto del Consumidor, o al menos uno que complementara al ya vigente, era una necesidad. Los negocios como ya se dijo en otras ocasiones, habían tomado un rumbo diferente y las relaciones de consumo implicaban un mayor grado de asimetría entre las partes, dado el grado de especialización alcanzado por los productores a lo largo de los últimos treinta años en Colombia. Es así como la llegada del nuevo Estatuto del Consumidor puede ser vista como la intención de parte del Estado de defender institucionalmente aquellos derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, quienes se ven afectados con el tránsito de la economía del país de cerrada a abierta, lo que implica que el mayor proveedor de bienes y prestador de servicios ya no es el Estado, y donde los nuevos lineamientos económicos de la Constitución del 91 ampliaron los mercados promoviendo la creación de nuevas empresas y permitiendo de forma regulada la privatización de servicios históricamente prestados por el aparato estatal.

Bajo este marco de, el nuevo estatuto del consumidor se gestó gracias a un proyecto de dos años (entre 2005 y 2007) a cargo del legislador y unas mesas amplias de trabajo promovidas por la Universidad Externado de Colombia, en las que concurrieron entre otros los gremios, las ligas de consumidores, el Gobierno y la academia, para crear el proyecto que sería presentado y debatido en Cámara y Senado para transformarse en ley de la República; años después y luego de intensas discusiones de las cuales se nutrió este Estatuto, fue aprobada la Ley 1480 de 2011.

El Estatuto del Consumidor, según dice su ponente ante la Cámara de Representantes y uno de sus principales promotores el Congresista Simón Gaviria Muñoz, fue creado con la firme intención de garantizar a los consumidores el recibo de productos de óptima calidad, proteger sus ahorros y su inversión, y mejorar el desarrollo económico y social de Colombia a partir de la regulación actualizada de las relaciones de consumo. (Gaviria Muñoz, 2012)

El Nuevo Estatuto tiene una estructura donde resaltan las siguientes materias: derechos del consumidor y principios, responsabilidad respecto de los productos, deberes de información y reglas sobre la publicidad, protección contractual, acciones jurisdiccionales, el subsistema nacional de calidad, y otras disposiciones. Todas las disposiciones en él contenidas son de orden público y por ello no puede haber normas en contrario a las mismas, ni existe la posibilidad de que las partes de la relación de consumo pacten cláusulas que las controviertan.

Este capítulo hará especial énfasis en lo concerniente a los derechos y principios, a las definiciones, la protección contractual y las acciones jurisdiccionales. Finalizará intentando esbozar algunas problemáticas que en materia procesal se han suscitado.

4.1 Derechos de los Consumidores, Principios y Definiciones en la Ley 1480 de 2011

El Estatuto del Consumidor, contenido en la Ley 1480 inicia esbozando en su primer artículo los cinco (5) principios rectores del Estatuto, indicando que la intención del legislador al expedir dicha norma, era la de proteger, promover y garantizar los derechos de los consumidores y su ejercicio y de esta forma garantizar su dignidad e intereses económicos. Dichos principios son: i) la protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y seguridad; ii) el acceso de los consumidores a una información adecuada que le permita hacer elecciones bien fundadas; iii) la educación del consumidor; iv) la libertad de constituir organizaciones de consumidores y la oportunidad de que se hagan oír en procesos que las afecten; y v) la protección especial de niños, niñas y adolescentes en su calidad de consumidores.

Lo anterior constituye en sí mismo un avance en términos de especificidad y claridad, toda vez que a diferencia del Estatuto del 82, este trae expresamente consignados los principios que guiarán las actuaciones de los consumidores, los demás miembros de la cadena de producción y distribución y además de la Superintendencia de Industria y Comercio, quien, con los poderes de los que la enviste esta ley, tendrá un papel preponderante dentro de la regulación del mercado. Todas estas disposiciones toman una especial relevancia toda vez que guarda sincronía con las Directrices de la Organización de Naciones Unidas sobre la Protección del Consumidorⁱⁱ (a.a.v.v., 2012).

El artículo 3° del Estatuto indica que los consumidores tendrán los siguientes derechos: i) a recibir productos de calidad; ii) a la seguridad e indemnidad; iii) a recibir información; iv) a recibir protección contra la publicidad engañosa; v) a la reclamación; vi) a la protección contractual; vii) a la elección; viii) a la participación; ix) a la representación; x) a informar; y xi) a la educación. También impone los siguientes deberes a los consumidores: informarse, obrar de buena fe y reciclar.

ⁱⁱ Las Directrices de las Naciones Unidas aquí mencionadas son unos postulados promovidos a través de su Departamento de Asuntos Económicos y Sociales (ECOSOC) los cuales canalizan las necesidades de los consumidores y promueven una regulación que ayude a proteger los intereses de este grupo de actores en el mercado, especialmente en los de países en vía de desarrollo gracias a una idea de consumo sostenible y unos parámetros éticos a los que se ajustan los miembros de la cadena productiva de cada país.

Pero entonces ¿qué se entiende por consumidores en el nuevo estatuto? La Ley en su artículo 5° numeral 3° los define como “[t]oda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario” (subrayado fuera de texto). Como puede verse en términos generales la definición guarda meridiana simetría con lo contenido en el Estatuto anterior, pero hace alusión no solo a una necesidad personal sino también a una familiar e incluso empresarial, eso sí, limitando que el bien o servicio adquirido no pueda ser usado en un proceso productivo. Esto último es un detalle relevante y quizás el más problemático en términos generales dentro de una relación de consumo y en la realidad social colombiana, el más difícil de asimilar por parte de la persona que adquiere el bien dada la tenue línea que separa muchas veces las actividades productivas de las meras necesidades. Se necesita entonces educar a los probables adquirientes de bienes y servicios para que puedan entender si actúan en dicho negocio con la calidad de consumidores.

La definición de productor también aparece expresamente en la norma en el numeral 9° del mencionado artículo y lo identifica como “quien de manera habitual, directa o indirectamente, diseñe, produzca, fabrique, ensamble o importe productos. También se reputa productor, quien diseñe, produzca, fabrique, ensamble o importe productos sujetos a reglamento técnico o medida sanitaria o fitosanitaria”. Como puede verse, esta definición también guarda similitud con la del Estatuto anterior, no obstante hace una enunciación mayor de “verbos rectores” que permiten identificar con mayor claridad las actividades que se consideran en el mercado como de producción. La equiparación del importador con el productor no es ninguna novedad, sin embargo agrega ciertos aspectos frente a aquellos bienes que deban, por su calidad, tener un reglamento técnico especial o un registro fitosanitario.

En la definición de proveedor se establece un claro avance en términos de protección al

consumidor toda vez que se simplifica la definición y además de la innovación al definirlo como “*Quien de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos con o sin ánimo de lucro*” (subrayado fuera de texto). Se resalta el hecho de desligar la figura del proveedor del ánimo de lucro, toda vez que con el estatuto anterior no había diferenciación alguna y podrían encontrar escudo para evadir la norma de regulación del consumo al no haber intención de enriquecerse con la distribución del bien o servicio, implicando que se solidifica la protección contractual, en este caso.

No obstante lo anterior, quizás la definición que más problemas trae precisamente por haberse intentado simplificar al máximo, es la de producto. El Estatuto la define como “todo bien o servicio”, siendo bastante amplio y en términos generales no muy preciso. Para los abogados litigantes en estas áreas, la amplitud conlleva a que, aún sin haberse regulado el Estatuto del Consumidor a través de un Decreto de la Presidencia de la República, se pueda incluso pensar que caben en esta definición los servicios prestados por profesiones liberales: abogados, médicos, etc. (Herrera, 2012).

La norma hace en total diecisiete definiciones pero no es el interés de este trabajo ahondar en cada una de ellas. En la siguiente sección de este capítulo sí se hará mención a aquellas que estén directamente relacionadas con los temas a tratar.

4.2 Protección Contractual en el Estatuto del Consumidor

A diferencia del antiguo estatuto, la Ley 1480 trae un capítulo dedicado exclusivamente al estudio de los contratos de consumo y de cómo deben ser interpretados de conformidad con las necesidades de ambas partes para propender hacia una relación un tanto más equilibrada.

Si bien no es completamente cierto que todos los contratos de consumo sean contratos de adhesión, sí es claro que para el legislador esta era una condición que podía identificarse en

la mayoría de estos contratos de consumo, siendo esta la razón por la cual se hace una especial mención a este tipo de contratos, porque se precisa como elemento relevante, la poca o nula capacidad que tiene el consumidor para negociar con su contraparte contractual. El estatuto define a los contratos de adhesión como aquellos “*donde las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas*” (artículo 5° numeral 5°, Ley 1480 de 2011).

Si bien es cierto que los contratos de adhesión son un claro problema dentro de las relaciones de consumo, no es la única forma de contratar en este mercado de bienes y servicios. Es por eso que era necesario dejar en claro cuales son los parámetros que tienen que ser seguidos para poder interpretar las cláusulas provenientes de estas relaciones contractuales de consumo.

La jurisprudencia había decantado medianamente que el contrato de consumo no debía ser interpretado de forma ordinaria, pero es con la llegada de esta Ley donde expresamente se declara que toda interpretación deberá hacerse de la forma más favorable al consumidor (Artículo 34°, Ley 1480/2011). Esto es una clara remisión tácita a lo dictado en el Código Civil en materia de interpretación de los contratos; el artículo 1624 de dicho código establece: “*No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella*”. Lo anterior, en otras palabras, implica dos tipos de interpretación, una a favor del adherente (*pro consumatore*) y otra en contra del proponente (*contra proferentem*), indicaciones expresamente desarrolladas por la Corte Suprema de Justicia en su Jurisprudencia (CSJ, 2009).

El Estatuto establece unas condiciones claras para llevar a cabo la contratación, dentro de las cuales se destacan que los mínimos a cumplir deberán ser: haber informado suficiente y

anticipadamente las condiciones generales de los contratos, las cuales deberán ser claras, completas y concisas. Además impone que todo contrato de consumo deberá ser redactado en castellano. Todas estas serán entonces entendidas como condiciones de validez y eficacia del contrato de consumo (a.a.v.v., 2012). El artículo 37° de dicho estatuto, además hace una mención sobre los contratos escritos, los cuales deberán asumir también dos condiciones extra de validez y eficacia: legibilidad y la no inclusión de espacios en blanco.

El Estatuto hace mención de ciertas cláusulas que se estilaban durante la vigencia de Decreto 3466 del 82, dentro de las cuales se encuentran las de permanencia mínima, la de modificación unilateral del contrato o de la sustracción de obligaciones del productor o proveedor (artículos 38° y 41°); hace también una prohibición expresa de todas aquellas cláusulas abusivas las cuales logran producir un desequilibrio injustificado aún mayor en la relación negocial, enlistando algunas de las cláusulas que serán ineficaces a razón de esta situación, sin ser esta una enunciación taxativa de las mismas. Se prevé que el impacto que traerán estos límites a la autonomía de la voluntad contractual permitirá que se nivelen las cargas a la hora de la ejecución del contrato, no obstante para esto se requiere de dos importantes inversiones por parte del Estado: una primera que permita al consumidor estar enterado de este nuevo derecho del consumidor y segundo, una que empodere a la SIC para que haga una veeduría aún mayor de los contratos, esto último siendo un tanto más difícil dada la dinámica acelerada que tiene la economía y el mercado.

El título estudiado del Estatuto también provee una regulación a aquellos contratos surtidos de formas no convencionales de consumo como lo son las ventas por métodos no tradicionales o a distancia y las operaciones de consumo que se realizan gracias a mecanismos de financiación. En esta sección, el legislador obliga al gobierno nacional a que reglamente esta materia en los seis meses siguientes a la expedición de la leyⁱⁱⁱ; no obstante, hasta el pasado julio de 2012 se empezó a desarrollar el proyecto de decreto que reglamentaría las ventas a distancia.

ⁱⁱⁱ Se recuerda que la Ley 1480 de 2011 fue expedida el 12 de octubre de ese año, pero no fue sino hasta el 12 de abril de 2012 que entro en vigencia.

Un último aspecto que regula la norma es la cláusula tácita de retracto en los casos mencionados anteriormente (v.g. venta de bienes y servicios con financiación, tiempos compartidos, métodos no tradicionales o a distancia), en esta se permite al consumidor o usuario hacer uso del retracto sin pena alguna, como mecanismo para resolver unilateralmente el contrato, sin embargo se hace una serie de salvedades a esta potestad para proteger en alguna medida al proveedor o productor. Se exceptúan, por ejemplo: los contratos de prestación de servicios que hayan iniciado con acuerdo del consumidor cuando el precio del bien pueda sufrir fluctuaciones dado la dinámica del mercado financiero; los contratos de compraventa de bienes confeccionados o personalizados, entre otros. Lo anterior habla muy bien del legislador, quien en su intento de proteger al consumidor, no dejó a la deriva este aspecto que podría eventualmente poner una carga excesiva sobre el vendedor o prestador del servicio. A este respecto vale la pena referirse en un aparte específico.

4.3. La cláusula de retracto tácita

La cláusula de retracto tácita tiene sus orígenes en la jurisdicción europea y americana principalmente, conocida en ambas como la “withdrawal clause”; este derecho consiste en la capacidad que tiene una de las partes del contrato, la cual por lo general es el consumidor, de retirarse del negocio una vez concluido el mismo, claro esta por un tiempo limitado. La doctrina especializada ha indicado que este periodo de enfriamiento o “cooling-off period” varía de una jurisdicción a otra, oscilando entre 5 (caso colombiano) y 14 días (caso de algunos países europeos). (Smit, 2010)

La doctrina especializada no ha logrado indicar con claridad si esta forma anómala de terminación de contrato se refiere a una rescisión del mismo, o si por el contrario corresponde a una forma diferente de terminación. Este trabajo concluye lo segundo, toda vez que es una forma especial, aun en el contexto colombiano, a razón de requerir que haya un consumidor

involucrado en el negocio jurídico y ser este quien esta en capacidad de retrotraer lo convenido por medio del contrato de consumo.

Es necesario indicar que este tipo de clausulas son un mecanismo para responder a las necesidades de los consumidores y asegurar en alguna medida la calidad de los bienes, siendo entonces la principal consecuencia de la revocación o retracto el fin de las obligaciones futuras, siempre y cuando las prestaciones ya recibidas hayan sido restituidas. Lo anterior invita a pensar que hay tres momentos que podrían jugar en el plano de la restitución, como bien señala la doctrina sobre el tema (Gandini, 2005): el primero, cuando no han sido cumplidas las obligaciones, en cuyo caso no habrá consecuencia mayor a la disolución simple del vinculo contractual; segundo, cuando hay cumplimiento de manera parcial, cuando debe haber restitución mutua de las obligaciones pactadas, es decir, la devolución de la cosa y el reembolso del dinero; y tercero cuando los contratos sean de prestación de servicios (diferentes a los indicados al final de la sección 4.3 de este mismo trabajo), donde deberá descontarse el pago de las sumas correspondientes a las prestaciones efectuadas.

El preciso indicar que se comulga con lo indicado por el Profesor Fernando Gandini cuando afirma que: *“El derecho de revocación como posibilidad de replantear por parte del consumidor una determinada actuación contractual tiene como objetivo claro el reequilibrar una relación jurídica perjudicada por elementos externos como las asimetrías informativas, para lograr que las partes cumplan con sus fines económicos y estén en capacidad de llevar a cabo nuevas operaciones económicas.”* (2005) A lo anterior cabe agregarle que un derecho como tal merece una regulación mayor en cuanto desconoce en dos sentidos la naturaleza de las partes: primero, se aleja de la realidad colombiana en cuanto no siempre el consumidor conoce de este derecho y por lo tanto no tendrá conocimiento suficiente de cómo ejercerlo; y segundo, merece especial regulación para evitar que con este se abuse de los productores o miembros de la cadena productiva quien a raíz del mismo derecho tenga que soportar un elemento de sorpresa como tal, aun cuando asegure calidad y haya puesto de buena fe un producto o servicio a disposición del mercado.

Además de lo anterior el profesor Smit al analizar el efecto de este tipo de clausulas en el mercado ha encontrado que en caso de que estas tengan su origen en mismo productor y no

en la ley (*non-mandatory*), genera un ambiente de confianza que logra que gran parte de las personas decidan no retractarse, haya acercamiento y confianza en el mercado. El efecto de inclusión de este tipo de cláusulas en el mercado puede perjudicar la estrategia de captación de clientes por parte del productor o vendedor, deslegitima la confianza ganada y no necesariamente da un plazo suficiente como para que el comprador desinforma reúna la información necesaria como para devolver fundadamente los bienes o servicios o simplemente sufra de un exceso de información (*information overload*) que nuevamente sea perjudicial para sus mismos intereses (2010). Es en este sentido en que este el presente trabajo plantea el debate de la eficacia de este tipo de derechos estatutarios otorgados por el legislador en el marco del mercado de consumo.

4.4 El aspecto procesal de la Protección Contractual del Consumidor

La protección contractual no puede verse solo desde la perspectiva de la enunciación de las cláusulas, la prohibición expresa de algunas de ellas o incluso desde la ineficacia de estas en el mercado, en caso de ser pactadas por las partes. El derecho del consumidor no termina con el aspecto sustantivo del contrato y la protección que este brinda no puede ser limitada a la creación del mismo, toda vez que la ejecución de los derechos contenidos en el estatuto debe complementarse con un sistema expedito capaz de responder a la necesidad del consumidor para reclamar sus derechos. Es por eso que se entiende la necesidad de un estudio detallado del impacto del aspecto procesal, específicamente hablando de los poderes jurisdiccionales que otorga el legislador a la Superintendencia de Industria y Comercio, institución nacida del seno de este estatuto y principal bandera procesal con la que cuenta el consumidor, para adelantar el proceso de protección del consumidor.

La Ley 1480 de 2011 interpreta de forma correcta la eventual necesidad de actuar de forma contenciosa ante una jurisdicción, por parte del consumidor para hacer valer sus derechos. Es por eso que el artículo 56° establece:

“Artículo 56°. ACCIONES JURISDICCIONALES. Sin perjuicio de otras formas de

protección, las acciones jurisdiccionales de protección al consumidor son:

- 1. Las populares y de grupo reguladas en la Ley 472 de 1998 y las que la modifiquen, sustituyan o aclaren.*
- 2. Las de responsabilidad por daños por producto defectuoso, definidas en esta ley, que se adelantarán ante la jurisdicción ordinaria.*
- 3. La acción de protección al consumidor, mediante la cual se decidirán los asuntos contenciosos que tengan como fundamento la vulneración de los derechos del consumidor por la violación directa de las normas sobre protección a consumidores y usuarios, los originados en la aplicación de las normas de protección contractual contenidas en esta ley y en normas especiales de protección a consumidores y usuarios; los orientados a lograr que se haga efectiva una garantía; los encaminados a obtener la reparación de los daños causados a los bienes en la prestación de servicios contemplados en el artículo 19 de esta ley o por información o publicidad engañosa, independientemente del sector de la economía en que se hayan vulnerado los derechos del consumidor”.*

Como puede observarse, existe mención expresa de la capacidad de actuar como grupo y de actuar para reclamar los daños que en ocasión de productos o servicios se causaren, pero cada uno de estos tiene procedimientos específicos. La novedad resulta del literal tercero, donde se crea la acción de protección del consumidor. Esta acción que se encuentra regulada en los artículos subsiguientes, se llevará por el proceso verbal sumario y la demanda deber ir acompañada por un requisito de procedibilidad denominado como “reclamación directa”, la cual no es solemne puesto que puede realizarse por cualquier medio. No obstante, tratándose de una reclamación por protección contractual, a la demanda deberá acompañarse no solo la constancia de esta reclamación, sino también la prueba documental (el contrato) donde conste la razón de inconformidad.

Bajo el entendido de lo anterior, en caso de presentarse una demanda sin que se cumpliera con el cumplimiento del requisito de procedibilidad, tendría que rechazarse dicha actuación; y aún en caso tal de admitírsele la demanda al consumidor, debería poder

presentarse recurso de reposición frente al auto que admite la demanda, toda vez que por tratarse de un proceso verbal sumario en la contestación no se presentan excepciones previas. No obstante, el numeral 8° del artículo 58° de este Estatuto, establece que no procederá ningún recurso contra los autos, a excepción del auto que rechace la demanda.

Lo anterior es una clara violación al debido proceso del productor o proveedor. Es preciso recordar que la Corte Constitucional indicó que aún en los casos donde la SIC actuara con poderes jurisdiccionales especiales, debían ser cumplidos todos los principios de derecho, específicamente refiriéndose al debido proceso como institución del Estado de Derecho. En palabras de la Corte:

“La Corte ha señalado que el derecho al debido proceso, como todos los derechos fundamentales, no es un derecho absoluto. Su ejercicio, ha dicho la Corporación, puede ser objeto de limitaciones que resultan ser necesarias para realizar otros principios superiores o para garantizar otros derechos fundamentales que en cierto momento pueden verse confrontados con aquel [...] El legislador no goza de libertad absoluta para configurar el régimen de los derechos de los consumidores, pues la Constitución le impone tener en cuenta, para el efecto, la protección integral establecida en su favor en el mismo texto superior. Ello comporta el necesario examen de las situaciones que rodean el desenvolvimiento del proceso productivo -que constituyen la base de la protección constitucional-, para producir normas que armonicen con el ánimo del Constituyente de contrarrestar la desigualdad que las relaciones del mercado suponen” (Sentencia C-973 de 2002, 2002).

Como se deduce del aparte citado, no es posible desconocer los derechos de los productores y/o proveedores con la intención de soliviar las cargas que la relación de consumo impone de forma desigual. La visión de un derecho como una mera herramienta es errada, parte de un error fáctico y de derecho, puesto que la asimetría no está en el derecho adjetivo sino en el conocimiento que se tiene sobre el bien o servicio que se busca adquirir. En términos generales, si bien el proceso es más rápido y cuenta con jueces de conocimiento, expertos

en la materia, también es cierto que se necesita un control mayor por parte de los operadores de la SIC que estén en la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de esta corporación quienes deberán actuar como jueces para garantizar una tutela judicial efectiva de los derechos tanto del consumidor como del productor o proveedor.

Como anotación final, es necesario dejar indicado que finalizando el 2012 la Corte Constitucional encontró inexecutable la competencia que otorgaba el artículo 80 del Estatuto del Consumidor al Ministerio del Interior en cuanto permitía su competencia en asuntos jurisdiccionales en los cuales la ley permitiera o hubiera permitido a otras autoridades administrativas el ejercicio de dichas funciones (Sentencia C-896 de 2012). A través de la sentencia C-896 de 2012 con ponencia del Dr. Mauricio González Cuervo, aplicando un test de unidad de materia, encuentra una clara violación a la disposición del artículo 158 de la Carta Constitucional, y declaró inexecutable la competencia de este Ministerio de conocer sobre *“saneamiento de la propiedad, insolvencia de personas naturales no comerciantes y controversias entre copropietarios relacionadas con violaciones al régimen de propiedad horizontal en normas de convivencia, así como en todos los asuntos en que la ley haya permitido o permita a otras autoridades administrativas el ejercicio de funciones jurisdiccionales”* no con ello implicando que se haya desmontado todo el andamiaje de las funciones jurisdiccionales que en cabeza de la Superintendencia han sido puestas.

CONCLUSIONES

Las relaciones de consumo son por esencia asimétricas y es deber del Estado propender por generar un sistema de normas claro que permita a los consumidores actuar en el mercado de bienes y servicios de una forma más equilibrada y contar con mecanismos procesales y contractuales expeditos para lograr la protección total de sus derechos.

Son los contratos de adhesión la principal consecuencia de las relaciones asimétricas, en cuanto se justifican en la premura con que acuden los consumidores a contratar la adquisición de bienes y servicios, y la posición dominante con que actúan los proveedores

de dichos bienes. En ocasiones, estos contratos tienen como elemento distintivo cláusulas abusivas, razón por la cual era necesario el otorgamiento de derechos estatutarios a los consumidores que les proveyesen de herramientas para el desarrollo de dichos contratos y la interpretación de estas cláusulas.

Es importante acotar que es la relación asimétrica la que da su seno a una relación contractual aditiva; la el alcance de la información con la que cuentan las partes, si bien tiene un pie sobre la diferencia del grado de especialización entre uno y otro de los miembros de la relación contractual, tiene otro en la celeridad con que los consumidores se agregan al mercado, no siempre buscando entender los por menores de los elementos que conforman lo que se les ofrece en este campo.

En términos generales, el avance más significativo en derechos al consumidor se suscitó a partir del año 2000, gracias a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema. No obstante, la comunidad jurídica colombiana y la doctrina nacional no se han pronunciado lo suficiente en este sentido, viéndose nutrido el contexto colombiano principalmente con teorías y doctrina extranjeras.

El contexto del mercado en los últimos treinta años ha cambiado de manera vertiginosa, las relaciones requieren concretarse con mayor celeridad y los problemas que puedan suscitarse entre las partes necesitan ser resueltos en menor tiempo. La especialización de parte de los productores y proveedores es mayor, alimentando la brecha entre estos y los consumidores.

Con la llegada del Estatuto del Consumidor de la Ley 1480 de 2011, no se derogan todas las disposiciones contenidas en el Decreto 3466 de 1982, por el contrario la norma entra a complementar a aquel primer estatuto. No obstante, el carácter de norma de orden público implica que no podrá pervivir ninguna norma contraria.

Es claro que toda relación de consumo reconoce la existencia de un contrato que une a las

partes. Dicho contrato tiende a ser de adhesión viéndose menguada la voluntad privada y contractual del consumidor. Es en este sentido en que resulta necesario el reconocimiento de una protección contractual del consumidor, característica desconocida por el antiguo estatuto del 82, pero desarrollada en la Ley 1480 de 2011.

En términos generales la Ley 1480 plantea mecanismos óptimos para la protección contractual a los consumidores, sin embargo necesita del cumplimiento de dos aspectos: la educación en sus derechos a los consumidores y de sus deberes a los productores o proveedores, y un mayor control por parte de la SIC, tanto preventivo como jurisdiccional.

Así mismo, el reconocimiento de poder actuar en grupo y de reclamar a través de la justicia ordinaria los daños y perjuicios suscitados a partir de los bienes y servicios objeto del contrato de consumo, se instituye como un bastión en la lucha por los derechos de los consumidores; no obstante, el mayor avance en términos procesales es la creación de la acción de protección de consumidor, la cual tiene que ser vista como la herramienta propicia para la protección de los derechos que median durante todas las etapas del contrato y es por esta razón que no se puede ver sin entender su conexidad con la protección contractual del consumidor.

La protección contractual no puede incidir negativamente en los derechos constitucionales de los productores o proveedores. En el afán de proteger a los consumidores no puede menguarse en derechos ni subjetivos, ni procesales, a los miembros de la cadena productiva y de distribución porque esto generaría un impacto negativo en el mercado. La recepción de demandas sin el cumplimiento del requisito de procedibilidad de la reclamación directa y sin contar con las calidades de consumidor, implican un costo tanto para el demandante como el demandado, así como también congestiona los despachos de la SIC, quien a prevención conoce de estos temas, dilatando así la protección efectiva de los procesos de otros consumidores que sí cumplan con lo dispuesto en la Ley 1480. En todo caso, de no ser regulado efectivamente esta materia a través de decretos reglamentarios, resultará necesario incoar una acción pública de constitucionalidad demandando la norma por ser

violatoria del derecho al debido proceso de los productores, proveedores y demás miembros de los canales de distribución.

En este mismo sentido debe interpretarse el derecho de retracto, el cual constituye una herramienta importante para la protección de los derechos de los consumidores pero que trae consigo una obligación específica de educación en el ejercicio de este derecho legítimo, toda vez que supone una forma especial de terminación de las relaciones contractuales, la cual de no ser cumplida podría suponer un elemento sorpresa para los productores, que si bien los lleva a actuar en pos de garantizar la calidad de sus productos, podrían verse afectados por un abuso del ejercicio de dicho derecho. Además de lo anterior, no hay claridad en cuanto a cual es el verdadero efecto que se logra con esta intervención en el mercado, pues en el plano europeo y americano se ha visto que los plazos no legales otorgados por las empresas y proveedores generan mayor confianza entre las partes.

La regulación de los contratos de consumo es necesaria en el mundo contemporáneo, especialmente dado que nos encontramos en una sociedad donde esta actividad se realiza en masa; no obstante, la forma en que debe interpretarse el contrato de consumo no puede hacerse únicamente a la luz del contrato de adhesión. Ambos son fenómenos que en la actualidad confluyen en la realidad del mercado, no obstante, la forma para interpretar uno y otro debe diferenciarse, pues la contratación aditiva, no es en sí misma un elemento necesario, sino más bien una consecuencia, quizás lógica a la luz de los productores y miembros de la cadena productiva, pero no siempre se encontrará en este campo el contrato de consumo, en especial porque la forma de contratación por adhesión puede encontrarse en otros campos del derecho, y por consiguiente no es más que una subespecie del contrato de consumo y no el contrato de consumo en sí mismo.

Bibliografía

Ley 1480 de 2011 “*Por medio de la cual se Expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones*”

Decreto-Ley 3466 de 1982 “*Por medio del cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de los precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones*”

Galgano, F. (2007). *El Contrato*. CEDAM.

Gandini, F. (2011). Notas de Clase Contratación Contemporánea Semestre 11-2. (J. S. Henao, Interviewer)

Lorenzetti, R. L. (2003). *Consumidores*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Reyes López, M. J. (2004). *El Derecho de Protección a los Consumidores y Usuarios en el Ámbito Estatal*. Madrid: Tirant Lo Blanch.

Fernández Gimeno, J. (2004). *Los Consumidores y Usuarios Como Sujetos Afectados por una Especial Tutela Jurídica*. Madrid: Tirant Lo Blanch.

Aparicio, J. M. (1997). *Contratos Parte General*. Hammurabi.

Rinesi, J. A. (2006). *Relación de Consumo y Derechos del Consumidor*. Astrea.

Coleman, J. L. (2010). *Riesgos y Daños*. Madrid, España: Marcial Pons.

Ariño Ortiz, G. (2003). *Principios del Derecho Público Económico*. Bogotá, Colombia: Sigma Editores.

Schwartz, P. (1980). Teoría Económica de los Derechos de Apropiación. In aa.vv, *La Nueva Economía en Francia y en España*. Madrid.

Calderon Villegas, J. J. (8 de 5 de 2007). Constitucionalización del Derecho Comercial: Algunas Huellas Trasadas por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. *Vniversitas* .

Gaviria Muñoz, S. (2012). Prólogo. In a.a.v.v., *Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor*. Bogota.

a.a.v.v. (2012). *Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor* (1ª Edición ed.). Bogota.

Herrera, G. (2012). Curso de Responsabilidad Civil Universidad Icesi Semestre 12-1. (J. S. Zapata, Interviewer)

Sentencia de Casación, Exp. 11001 3103 024 1998 4175 01 (Corte Suprema de Justicia de Colombia 4 de 11 de 2009).

Sentencia del 30 de abril de 2009, Exp. 25899 3193 992 1999 00629 01 (Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia 30 de abril de 2009).

Auto del 16 de junio de 2005, Exp. No. 1067801 (Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia 16 de junio de 2005).

Sentencia del 7 de agosto de 2007, Cas. 08001 31 004 2000 00254 01 (Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia 7 de agosto de 2007).

Sentencia C-1140 de 2000, Sentencia C-1140 de 2000 (Corte Constitucional de Colombia 2000).

T-466 de 2003, T-466 de 2003 (Corte Constitucional de Colombia 5 de 6 de 2003).

Sentencia C-1071 de 2002, Sentencia C-1071 de 2002 (Corte Constitucional de Colombia 3 de 12 de 2002).

Sentencia C-973 de 2002, Sentencia C-973 de 2002 (Corte Constitucional de Colombia 13 de 11 de 2002).

Larroumet, C. (1998). *Derecho Civil Tomo 3: Las Obligaciones y los Contratos*. Paris: Editorial Economica.

Gazmuri, I. d. (2003). Contratos por Adhesión y Clausulas ¿Por Qué el Estado y no Solamente el Mercado? *Revista Chilena de Derecho Privado* .

Vigurí Perea, A. (n.d.). Los Contratos de Adhesión: Nuevas tendencias en la Evolución de Protección al Consumidor en el Derecho Estadounidense.

Gandini, F. (2010). Contratos de Adhesión. Cali.

Rackoff, T. (1983). Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction. *Harvard Law Review* (1173, 1177).

Hatzis, A. N. (2008). An Offer You Cannot Negotiate: Some Thoughts on the Economics Of Standard Form Consumer Contracts. *Private Law in European Context Series* , 15.

Sentencia del 2 de febrero de 2001, Expediente No. 5670 (Corte Suprema de Justicia 2001).

Cardenas Mejia, J. P. (2007). *Los Contratos en el Derecho Privado*. Bogota.

Farina, J. M. (2005). *Contratos Comerciales Modernos*. Astrea.

Smit, J. M. (2010). The Right to Change Your Mind? Rethinking the usefulness of mandatory rights of withdrawal in consumer law. *Penn State International Law Review* , 29.

Gandini, F. (2005). La Sorpresa Como Fenómeno Jurídico en la Legislación Europea: Formación y Efectos. *Precedente: Anuario Jurídico* .

Sentencia C-896 de 2012 (Corte Constitucional 31 de octubre de 2012).