BIBLIOTECA JURÍDICA UNIANDINA

Derecho del consumo

Tras un lustro del Estatuto del Consumidor en Colombia

Juan Francisco Ortega Díaz
Juan Carlos Martínez Salcedo
Gloria Isabel Osorio Giammaria
(Coordinadores)

Universidad de los Andes Colombia | Facultad de Derecho

Editorial Temis
Obras Jurídicas

DERECHO DEL CONSUMO

JUAN FRANCISCO ORTEGA DÍAZ
JUAN CARLOS MARTÍNEZ SALCEDO
GLORIA ISABEL OSORIO GIAMMARIA
(Coordinadores)

DERECHO DEL CONSUMO

TRAS UN LUSTRO DEL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR EN COLOMBIA

Universidad de los Andes
TEMIS

Bogotá - Colombia
2018

Derecho del consumo : tras un lustro del Estatuto del consumidor en Colombia / Juan Francisco Ortega Díaz, Juan Carlos Martínez Salcedo, Gloria Isabel Osorio Giammaria (Coordinadores) – Bogotá : Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes : Temis, 2018.

384 páginas; 16 x 23 cm.

Otros autores : María Fernanda Peña Bortone, Fernando Peña Bennett, Diego Fernando Ramírez Sierra, Juan Carlos Bastidas Gómez, Nieves Moralejo Imbernón, Luisa Fernanda García Salazar, Sebastián López Maza, María Lorena Flórez Rojas, John Alberto Tito Añamuro, José Fernando Sandoval Gutiérrez, Antonio Alejandro Barreto Moreno.

ISBN 978-958-35-1189-9

1. Protección del consumidor – Legislación – Colombia I. Ortega Díaz, Juan Francisco II. Martínez Salcedo, Juan Carlos III. Osorio Giammaria, Gloria Isabel IV. Universidad de los Andes (Colombia). Facultad de Derecho

CDD 343.071 SBUA

Para citar este libro: http://dx.doi.org/10.15425/2017.159

© Juan Francisco Ortega, Juan Carlos Martínez y Gloria Isabel Osorio.

© María Fernanda Peña B., Fernando Peña B., Diego Fernando Ramírez S., Juan Carlos Bastidas G., Nieves Moralejo I., Luisa Fernanda García S., Sebastián López M., María Lorena Flórez R., John Alberto Tito A., José Fernando Sandoval G., Antonio Alejandro Barreto M.

© Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2018.

© Ediciones Uniandes
Calle 19 núm. 3-10, oficina 1401
Bogotá, D. C., Colombia
Teléfono: 3394949, ext. 2133
http://ediciones.uniandes.edu.co
infeduni@uniandes.edu.co

© Editorial Temis S. A., 2018.
Calle 17 núm. 68D-46, Bogotá.
www.editorialtemis.com

ISBN: 978-958-35-1189-9
2961 20180032450

ISBN *e-book*: 978-958-774-713-3

Diseño de cubierta: Neftalí Vanegas

Universidad de los Andes | Vigilada Mineducación.
Reconocimiento como universidad: Decreto 1297 de 30 de mayo de 1964.
Reconocimiento de personería jurídica: Resolución 28 de 23 de febrero de 1949, Minjusticia.
Acreditación institucional de alta calidad, 10 años: Resolución 582 del 9 de enero de 2015, Mineducación.

Hecho el depósito que exige la ley.
Impreso en Editorial Nomos.
Diag. 18bis núm. 41-17, Bogotá.

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de los editores.

Prólogo

Desde mediados de los años ochenta, múltiples y nuevas ramas del derecho privado parecen haber surgido en el ámbito de la teoría del derecho. Desde el llamado "derecho de la moda", pasando por el derecho de la publicidad hasta llegar al derecho del deporte, estas nuevas subespecializaciones jurídicas se han convertido en centro de atención. No todas ellas —y sin entrar en un detenido análisis exegético impropio de este espacio— son auténticas ramas jurídicas, pero todas tienen algo en común: son el resultado de un enorme desarrollo del tráfico económico cuyas implicaciones jurídicas, derivadas de sus propias necesidades regulatorias, así como de sus conflictos sectoriales, les son propias. Así, por poner sólo un ejemplo, el deporte profesional se configuraba como un espectáculo, generalmente limitado al ámbito nacional a principios de siglo, y hoy se ha convertido en una actividad empresarial de proporciones económicas planetarias. No es extraño, por tanto, que, ante un cambio de esa realidad el derecho de ese sector —como el de tantos otros— se haya adaptado a las nuevas exigencias del tráfico económico.

No obstante, si el cambio de la realidad social ha impactado directamente en la transformación de una rama del derecho, ese es el derecho de contratos. El contrato consensual, como construcción burguesa e hija de la Revolución francesa, que subyace y asienta la teoría general del contrato, entra en clara crisis a mediados del siglo XX. La razón no es un secreto. El protagonismo de la contratación cambia de manera significativa. Ya no van a ser únicamente los burgueses —comerciantes, mercaderes, clases acomodadas— quienes van a efectuar actos de contratación significativos, tal y como hasta ese momento había ocurrido, sino que, con el desarrollo de los mercados y la explosión de la oferta de productos y servicios, serán las clases populares las que accederán a unos bienes de consumo inalcanzables o simplemente inexistentes hasta ese momento.

Esta nueva realidad genera, de facto, una desactualización, por decirlo de algún modo, en las reglas de juego. Las bases sobre las que se asienta la teoría general del contrato, y que se plasmaron de manera clara en el proceso de codificación francés que luego impregnaría el Código Civil español y todos los latinoamericanos, comienzan a dar síntomas de cansancio. Principios como la igualdad en la fuerza contractual o la capacidad de establecer las cláusulas, los pactos y condiciones que las partes estimaran convenientes

son, a pesar de su vigencia en el derecho positivo, una realidad jurídica que ya solo concernía a una minoría del tráfico económico contractual.

La realidad, esencialmente a partir de los años sesenta, era, con carácter general, absolutamente diferente. Las clases populares habían obtenido en los países desarrollados —y comenzaban a hacerlo en los países del llamado "segundo mundo"— algún tipo de poder adquisitivo, bien por la generación de ingresos propios o por el desarrollo del crédito a través del entonces novedoso sistema de tarjetas bancarias. En este nuevo contexto contractual, y superada la relación arquetípica contractual de partes semejantes, las nuevas partes poseían fuerzas de negociación distintas, lo que, de facto, convertía en falaz el principio de la autonomía de la voluntad de las partes. El contrato consensual cedía el protagonismo a lo que podríamos llamar un "contrato de imposición", donde una de las partes imponía las condiciones, mientras que a la contraparte no le quedaba opción distinta de aceptar o no acceder al bien o servicio objeto de la contratación.

No es difícil imaginar que, ante esta nueva situación contractual *de facto*, el campo de los abusos a la parte con menor fuerza contractual —lo que luego sería conocido como *parte débil*— estaba perfectamente abonado. Y, por supuesto, estos no tardaron en producirse, hasta convertirse, a principios de los años sesenta, en una de las grandes fuentes de insatisfacción de los ciudadanos estadounidenses. La intervención del Estado parecía no sólo necesaria sino imprescindible. No fue por ello extraño que el entonces presidente John Fitzgerald Kennedy pronunciara un emotivo e histórico discurso ante el Congreso de Estados Unidos en marzo de 1962, considerado por muchos la piedra inaugural del derecho de consumo, en el que señaló la necesidad de establecer para los consumidores cuatro elementos de protección concretos: (1) el derecho a productos y servicios seguros, (2) el derecho a ser informados, (3) el derecho a la libre elección y (4) el derecho a ser escuchados.

Estas demandas tuvieron un proceso normativo que, primero en Estados Unidos y luego en el resto de los países con economías liberales, llevaría a que se promulgaran las primeras leyes de protección de los consumidores. Estas leyes darían respuesta a estas demandas imponiendo obligaciones de información, derechos de desistimientos y formas de protección jurisdiccional a los consumidores. No obstante, lo más importante que realizaba no era otra cosa que intentar devolver una aproximada igualdad en la fuerza contractual de las partes. Si una de ellas tenía toda la fuerza para imponer sus condiciones —lo que se llamaría *predisponente*—, la otra, que carecía de ella —conocida como *parte débil*—, se veía fortalecida por las medidas adoptadas por el Estado, de modo que podía afrontar el proceso de contratación con ciertas garantías protectoras frente a los abusos de la parte *predisponente*. Llegados a este punto, y quizá como reducto de mi educación católica, no puedo dejar de acordarme del pasaje bíblico de

Abraham y el sacrificio de Isaac, que, paradójicamente, creo que escenifica bastante bien lo que aquí venimos relatando:

Sara tuvo un varón a quien llamaron Isaac. Dios quería saber si Abraham era obediente, y para probarlo, le dijo que sacrificara a Isaac en la montaña. Abraham quería muchísimo a su hijo y no quería sacrificarlo, pero deseaba obedecer a Dios. Dios le dijo a Abraham que fuera a la montaña, y él llevó consigo a su hijo Isaac y a dos hombres. Abraham y su hijo Isaac cabalgaron en un burro durante tres días. Los dos hombres se quedaron con el burro mientras Abraham e Isaac subieron la montaña a pie. Abraham llevaba un cuchillo e Isaac llevaba la leña. Isaac le preguntó a su padre dónde estaba el cordero para el sacrificio, pero Abraham le dijo que no se preocupara por eso. Abraham construyó un altar y puso leña. Abraham ató a Isaac, lo puso sobre el altar y levantó el cuchillo para sacrificarlo. Entonces un ángel le habló y le dijo que no matara a Isaac. Abraham había sido obediente, y por eso Dios lo amaba [Génesis 22:9-12].

Leído y juridificado el relato, al margen de los elementos e interpretaciones religiosas que no vienen al caso, cabría preguntarse qué clase de contrato se refleja. La respuesta es clara cuando no obvia: un contrato de mandato. Un contrato que en modo alguno es consensual, al no haber ningún tipo de igualdad contractual entre las partes. Por un lado, existe un predisponente que bien podría ser calificado de *predisponente máximo* —Dios— y, por otro, una *parte débil* que se ve obligada a cometer un acto indeseable para todo padre —dar muerte a un hijo—. Pues bien, parece claro que, alegóricamente, podríamos decir que este acto deleznable es lo que hoy conoceríamos en el ámbito del derecho de consumo como una *práctica abusiva*, donde el pobre Isaac es el consumidor, y el ángel del relato, la encarnación del propio derecho de consumo. Dicho sea todo, a meros efectos ilustrativos.

A pesar de estas medidas, el ocaso de la contratación consensual resultó imparable. El derecho de consumo ha conseguido, en cierta medida, establecer cierto grado de igualdad en la fuerza contractual, lo que no significa en absoluto el retorno a la contratación consensual. Como se sabe, la mayoría de la contratación con particulares —empresas con consumidores— se realiza bien mediante contratación oral documentada en facturas comerciales o, en aquella contratación de cierta entidad, mediante los famosos clausulados generales, que, como elemento ventajoso, permiten la celebración de contratos complejos de manera ágil —pensemos en la mayoría de los contratos financieros— a cambio, en la mayoría de las ocasiones, de no suministrar suficiente información que garantice la comprensión, por el consumidor, del propio contenido del contrato.

El consumo es un elemento característico de nuestro tiempo que tiene su reflejo en el derecho al igual que lo tiene en otras ciencias sociales. En

una época como la actual, en la que, en palabras de Bauman, toda felicidad termina en una tienda, el consumo como elemento dinamizador de las economías capitalistas se ha convertido en un elemento que define al hombre de nuestro tiempo. Así, si al hombre medieval lo definió el concepto de *Dios* o al renacentista el concepto *antropocentrista*, al hombre posmoderno lo define el consumo. En este sentido, si es cierto lo que señala De Sousa Santos cuando señala que al hombre del siglo XX lo definió el consumo y al del siglo XXI lo definirá el ansia de consumo, debemos esperar que el derecho que lo regula habrá de enfrentar —si el crecimiento desmedido del sistema capitalista lo soporta— retos futuros, aún más sutiles, que aquellos a los que ya ha dado respuesta.

Señalar parte estos retos y dar algunas respuestas es el objetivo último de la obra que, ahora mismo, tiene usted en sus manos. Desde un análisis general de los derechos de los consumidores en el ámbito latinoamericano hasta el estudio de la información y publicidad desde varias perspectivas, los autores han tratado de recoger los principales retos y también cambios a los que el derecho de consumo se enfrenta. Elementos como el comercio electrónico y sus leyes —que son esencialmente leyes de protección de consumidores, aunque muchos se empeñen en negarlo—, el derecho de retracto, la protección ante la enorme problemática de los productos defectuosos —realidad especialmente sensible en los países en desarrollo—, los aspectos procedimentales de este derecho o el examen de las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario o las características particulares del contrato de compraventa celebrado con consumidores, son otros de los asuntos de máxima discusión, hoy y en el futuro cercano, abordados en la presente obra.

JUAN FRANCISCO ORTEGA
Profesor Asociado
Facultad de Derecho - Universidad de los Andes

ÍNDICE GENERAL

PÁG.

Prólogo VII

CAPÍTULO I

LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS EN EL CONSTITUCIONALISMO ECONÓMICO: UNA BREVE REVISIÓN A LAS CONSTITUCIONES IBEROAMERICANAS

MARÍA FERNANDA PEÑA BORTONE
JUAN CARLOS MARTÍNEZ SALCEDO

Introducción 1
1. ¿Derecho constitucional económico versus Constitución económica? 2
2. Constitucionalización de los derechos de los consumidores en las cartas magnas de algunos países iberoamericanos 6
3. La importancia de la inclusión de los derechos del consumidor en el constitucionalismo iberoamericano 13
Bibliografía 14

CAPÍTULO II

INFORMACIÓN Y PUBLICIDAD COMERCIAL: ¿ENTRE DOS ORILLAS DIFERENTES?

JUAN CARLOS MARTÍNEZ SALCEDO
JUAN FRANCISCO ORTEGA DÍAZ

1. Los deberes de información 18
   A) Derecho constitucional, protección del consumidor e información 19
   B) Información en la Ley 1480 del 2011: principio, deber y derecho 20
   C) El concepto de "información" 22

PÁG.

D) El contenido de la información 24
a) Información mínima y responsabilidad 24
b) La información mínima 26
c) Otras disposiciones sobre información 28
d) La información dirigida a niños, niñas y adolescentes 29
2. La publicidad comercial en el Estatuto del Consumidor 29
A) Fuerza vinculante de la publicidad comercial y su relación con la obligación de información 31
B) La prohibición de la publicidad engañosa 32
C) Consideraciones generales sobre publicidad engañosa 34
D) La publicidad de productos nocivos 35
Conclusiones 36
Bibliografía 37

Capítulo III

LA PUBLICIDAD Y LOS CONTRATOS CON EL CONSUMIDOR

Fernando Peña Bennett

Introducción 39
1. La publicidad como práctica comercial de mercado 40
A) Fuerza vinculante de la publicidad 42
2. Los procesos de formación contractual y la publicidad 44
A) Tres tópicos de acción 46
B) La publicidad y la oferta en el proceso de formación del contrato con los consumidores 48
3. La publicidad como parte del contrato con los consumidores por el efecto integrador de estos 50
4. Eventual incumplimiento contractual con el consumidor, derivado de la modificación de las condiciones publicitarias y sus consecuencias jurídicas 53
Conclusiones 55
Bibliografía 56

Capítulo IV

PROPUESTA PARA LA REPARACIÓN DEL DAÑO A LA CONFIANZA SOCIAL: APROXIMACIÓN DESDE UN ANÁLISIS CASUÍSTICO EN EL DERECHO DE CONSUMO EN COLOMBIA

Gloria Isabel Osorio Giammaria

Introducción 59

PÁG.

1. De un caso paradigmático al cuestionamiento 60
A) Respuesta del ordenamiento jurídico colombiano frente al incumplimiento contractual 62
B) Una respuesta con efectos sociales: teoría de los "punitive damages" en el sistema estadounidense 64
C) Búsqueda de la suficiencia del sistema jurídico argentino: la adopción de la multa civil 67
2. Adopción de una nueva categoría de daños hacia la plenitud de la reparación integral 68
A) La confianza como base de las relaciones sociales 69
B) Quebrantamiento de la confianza y sus consecuencias 71
3. Reconocimiento de las funciones de la responsabilidad civil: una posible solución a la insuficiencia del ordenamiento jurídico nacional 73
A) Función compensadora: una forma insuficiente de reparación del daño a la confianza social 74
B) Función preventiva: una forma necesaria del sistema de responsabilidad civil en la reparación del daño a la confianza ... 76
C) Función sancionadora: una forma de reparación del daño a la confianza 79
4. "Punitive damages": una figura retributiva, preventiva y reparadora 80
Conclusiones 84
Bibliografía 84

Capítulo V

LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS EN EL NUEVO ESTATUTO DEL CONSUMIDOR: ANÁLISIS, RETOS Y PERSPECTIVAS

Diego Fernando Ramírez Sierra

Introducción 89
1. Productos defectuosos 93
A) La noción de "producto" 93
B) La noción de "producto defectuoso" 93
C) Clases de defectos o fuentes de daño 97
D) Características del daño causado por productos defectuosos 99
E) Fundamento de la atribución de responsabilidad 100

PÁG.

3. La responsabilidad por productos defectuosos en el derecho colombiano (nuevo Estatuto del Consumidor) 104
A) Origen de la ley y fundamento constitucional 104
B) La noción de "producto defectuoso" en el Estatuto del Consumidor 106
C) Mecanismos de prevención administrativa del daño contingente 107
D) Mecanismos de protección judicial 110
E) ¿Quiénes pueden ser demandados? (Legitimación por pasiva) 111
F) ¿Quiénes pueden demandar? (Legitimación por activa) 113
G) El consumidor debe demostrar el defecto del bien, el daño y el nexo causal 115
H) Las causales de exoneración de responsabilidad 120
4. Propuesta de modernización 126
A) Ampliación de las nociones de "defecto" y de "producto defectuoso" 127
B) No ampliación de los llamados a responder 129
C) Aligeramiento de la carga de la prueba del defecto y del nexo causal 129
D) El daño 130
E) Depuración del "riesgo de desarrollo" de las causales de exoneración 131
F) El establecimiento de términos para la garantía de seguridad y de prescripción de acciones 133
Conclusiones 134
Bibliografía 135

CAPÍTULO VI

ALGUNAS PARTICULARIDADES DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA CELEBRADO CON CONSUMIDORES

JUAN CARLOS BASTIDAS GÓMEZ

Introducción 139
1. Integración de las obligaciones devenidas del anuncio publicitario 140
A) Deber de información 140
B) Publicidad y fuerza vinculante 141
2. El retracto como institución de protección al consumidor 145
A) El retracto y el deber de información 145
B) El retracto como obligación especial y su procedencia 146

PÁG.

3. La reversión de pagos 148
A) El ejercicio de la reversión de pago 149
B) Del procedimiento para ejercer el retracto 149
Bibliografía 151

Capítulo VII

LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO: LA GUERRA ABIERTA EN ESPAÑA CON MOTIVO DE LAS CLÁUSULAS SUELO

Nieves Moralejo Imbernón

1. La Directiva 93/13/CEE, del Consejo, del 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores 153
2. El préstamo hipotecario como contrato de consumo. Principales cláusulas abusivas 156
3. La STJUE del 14 de marzo del 2013. El "caso Aziz" 162
4. La ley española 1/2013, del 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social 169
5. La reacción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea contra las reformas introducidas por la Ley española 1/2013, del 14 de mayo 172
A) La STJUE del 17 de julio del 2014 172
B) El ATJUE del 17 de marzo del 2016 175
6. La última guerra abierta contra los bancos en España: las cláusulas suelo 178
A) La STS del 9 de mayo del 2013 178
B) La STS del 25 de marzo del 2015 186
Bibliografía 189

Capítulo VIII

EL CONSUMIDOR EN EL MARCO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN COLOMBIA

Luisa Fernanda García Salazar

Introducción 191
1. El comercio electrónico, como nueva forma de crear relaciones comerciales 194

PÁG.

2. La relación de consumo en el comercio electrónico 197
3. La protección jurídica del consumidor electrónico 201
Conclusiones 205
Bibliografía 207

CAPÍTULO IX

RÉGIMEN EUROPEO DE LOS CONTRATOS A DISTANCIA

SEBASTIÁN LÓPEZ MAZA

Introducción 209
1. Contexto normativo de los contratos a distancia 210
2. El concepto de "contrato a distancia" 211
3. La información precontractual 213
4. Los requisitos formales de los contratos a distancia 216
5. El derecho de desistimiento 221
6. La entrega del bien y la transmisión de riesgos 228
7. Otros derechoZs de los consumidores 231
Conclusiones 233
Bibliografía 235

CAPÍTULO X

DERECHO DE RETRACTO: AMBIVALENCIA DE COMPETENCIAS

MARÍA LORENA FLÓREZ ROJAS

Introducción 239
1. Evolución del derecho de consumo 241
A) Derecho de consumo en Colombia 242
B) Ley 1480 del 2011: apuntes previos 245
2. El derecho de retracto 246
3. Regulación especial para los derechos de los consumidores del servicio de transporte aéreo: resolución 1375 del 2015 250
Conclusiones 256
Anexo 259
Bibliografía 259

Capítulo XI

LA FALTA DE REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS CONEXOS DE CONSUMO EN LA LEY 1480 DE 2011

John Alberto Tito Añamuro

PÁG.

Introducción 263
1. Dos casos conspicuos: Campo Alegre y Edificio Space 264
   A) Lo que dijo la Corte Constitucional en la sentencia T-501/12 264
   B) El caso de la compra de viviendas de Campo Alegre 265
   C) El caso de la compra de viviendas del Edificio Space 266
      a) El fabuloso negocio de la venta de licencias de construcción 267
      b) El "modus operandi" en terreno contractual..... 267
2. La regulación de los contratos conexos de consumo en el derecho comparado 268
   A) Italia 268
      a) La esencia de la conexión..... 269
      b) Los fundamentos económicos de la conexión 270
      c) El nexo jurídico y la transferencia de responsabilidad del vendedor al prestamista 270
      d) La compleja defensa de la teoría de la causa como justificación de la conexión..... 271
   B) Alemania 272
3. La regulación de los contratos conexos de consumo en el derecho colombiano 274
   A) Criterios para una futura regulación de los contratos conexos de consumo..... 274
      a) Análisis del artículo 47 de la Ley 1480/2011 274
      b) Demostración de la existencia de los requisitos de esencia del contrato conexo..... 275
      c) La vinculación en fase de ejecución de la compraventa.... 276
      d) "Hecha la ley, hecha la trampa": ¿lobbies bancarios en la modificación del artículo 47 de la ley?..... 276
      e) La curiosa regulación del artículo 47: el legislador, ¿maestro de la sospecha?..... 277
   B) Acciones y excepciones frente a la acción de cobro de los bancos..... 278
Conclusiones..... 279
Bibliografía 279

CAPÍTULO XII

LA REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL COMO MECANISMO INDIRECTO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

JOSÉ FERNANDO SANDOVAL GUTIÉRREZ

PÁG.

Introducción 283
1. ¿Aplicación de la ley de competencia desleal a todos los participantes del mercado? 284
2. Los actos de competencia desleal en particular. El consumidor como la medida necesaria para su configuración y su protección a través de la decisión judicial 285
   A) Desviación de la clientela 285
   B) Confusión 287
   C) Engaño 289
   D) Descrédito 292
   E) Comparación 294
   F) Imitación 296
   G) Explotación de la reputación ajena 299
Conclusión 300
Bibliografía 301

CAPÍTULO XIII

EL USUARIO DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y SU RÉGIMEN DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL EN SEDE DE TUTELA, MÁS ALLÁ DEL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR

ANTONIO ALEJANDRO BARRETO MORENO

Introducción 303
1. Usuario y consumidor, sujetos de especial protección con características diferentes 305
   A) Derechos involucrados en la prestación de los servicios públicos domiciliarios 308
   B) Régimen especial de la protección del usuario de servicios públicos domiciliarios 309

PÁG.

2. Línea jurisprudencial, el uso de los conceptos de "consumidor" y "usuario" en decisiones de tutela de la Corte Constitucional.... 314
Conclusiones 324
Bibliografía 324
Índice de autores 329

Capítulo I

Los derechos de los consumidores y usuarios en el constitucionalismo económico: una breve revisión a las constituciones iberoamericanas*

María Fernanda Peña Bortone**
Juan Carlos Martínez Salcedo***

Introducción

La protección especial de los consumidores o usuarios ha venido siendo revestida de rango constitucional en diferentes países, reivindicando la importancia de su salvaguarda en los sistemas de libre mercado, como actores principales que demandan una especial protección. Ante esta coyuntura, es necesario aproximarnos a los lineamientos constitucionales que dan génesis a la protección del consumidor, incorporados, de manera directa o indirecta, en las constituciones económicas de algunos países iberoamericanos como Colombia, Venezuela, Bolivia, España, México, Argentina y Brasil, con el propósito de identificar los matices que estructuran su protección, alcance y medida en cada ámbito territorial abordado. Para ello, se utilizará el método dogmático y el análisis comparativo, como instrumentos que permitan

* Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2017.160.

** Abogada egresada de la Universidad de los Andes (Venezuela); especialista en Derecho Corporativo por la Universidad Metropolitana (Venezuela); magíster y doctora en Derecho por la Universidad de los Andes (Colombia). Profesora de la Universidad de los Andes, Venezuela (FACES-ULA). Investigadora del Centro de Investigaciones en Propiedad Intelectual (FACIJUP-ULA), y del Centro de Investigación en Desarrollo Empresarial (CIDE-ULA). Correo electrónico: bortone@ula.ve.

*** Abogado admitido en Colombia y España, egresado de la Universidad de La Sabana (Colombia); especialista en Derecho Contractual por la Universidad del Rosario (Colombia); magíster en Derecho Privado por la Universidad Carlos III de Madrid (España). Profesor y candidato a doctor en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Correo electrónico: jc.martinez12@uniandes.edu.co.

caracterizar las principales instituciones que sustentan la inserción del derecho del consumidor en el derecho constitucional económico latinoamericano. Con este propósito, se precisará qué se entiende por "Constitución económica"; cuál es el alcance de la constitucionalización de los derechos de los consumidores en las cartas magnas de algunos países iberoamericanos, para luego demostrar la importancia que ha tenido la inclusión de los derechos de los consumidores en el nuevo constitucionalismo iberoamericano.

1. ¿Derecho constitucional económico versus Constitución económica?

La Constitución política es la norma fundamental y suprema de una nación, en la que se definen, entre otros aspectos, sus cimientos estructurales y de organización político-administrativa. Dentro de estos cimientos también se define el modelo económico específico que imperará en el Estado, en procura de la eficiencia en la prestación del servicio público, como elemento preponderante de la vida económica. Así pues, el acervo de derechos fundamentales no puede diseccionarse de la concepción político-económica, en tanto unos y otros se reconocen como eslabones esenciales de la organización económica en particular y del derecho constitucional en general (Dalla Via, 2012, p. 15).

La convergencia de estos valores fundantes del Estado dan vida al derecho constitucional económico, es decir, a una rama del derecho constitucional que se ocupa de la ordenación de la vida económica, que cobra especial relevancia en nuestros días por el evidente protagonismo que tiene la economía tanto en el campo político nacional como en el internacional (Dalla Via, 2012, p. 11). De una manera amplia, es allí donde se establecen los principios que darán las reglas fundamentales del sistema económico de un país, como lo son el derecho de propiedad, el de trabajo, el de libre empresa, la intervención estatal en el sistema monetario y tributario, en el sistema fiscal del presupuesto y gasto público, y especialmente en la economía y el mercado.

De esta forma, la importancia de la Constitución económica salta a la vista por la relación concausal existente entre derecho y economía, aunada a las características especiales del Estado contemporáneo, al que, con buenas razones, se ha calificado de tecnocrático, principalmente por el papel que desempeña la gestión económica dentro del acervo de actividades a su cargo (Vallejo Mejía, 1988, p. 10).

Si bien a finales del siglo xix ya podía encontrarse una muestra del intervencionismo económico estatal, no es sino al final de la Primera

Guerra Mundial cuando se encuentran los primeros atisbos de la inclusión de la economía en la Constitución, que por ese entonces había estado reservada para regular el poder político. Ya en el siglo xx se instala la problemática constitucional a la economía, a los agentes de intervención, a derechos conectados con ella; todo ello bajo el manto protector de un concepto nuevo que dará su impronta al desarrollo político que hoy día estamos viviendo: el Estado social (López Garrido, 1993, p. 79).

Si bien, en 1931, Schmitt ya hablaba de *Constitución económica*, es Beckarath quien en 1932 hace un esfuerzo por definir la Constitución económica como una manera de ordenar el fenómeno económico (elementos de propiedad, contrato y trabajo), la intervención del Estado en la economía y su regulación (Blume Fortini, 1997, p. 30). Más recientemente, Francesco Galgano añade que no solo se trata del análisis de la estructura constitucional del sistema económico, sino que debe serlo también de las múltiples conexiones entre la Constitución política y la económica (Blume Fortini, 1997, p. 31).

La Constitución económica se sujeta a dos principios: por un lado, al principio de neutralidad política, que quiere decir que pocas veces podemos deducir del texto constitucional el modelo económico o la orientación político-económica concreta, ya que ésta se encomienda al legislador, quien dará un sentido específico a los lineamientos de la Ley Fundamental (Badell, 2000, p. 157).

La Constitución en ningún caso debe ser predictiva de modelos económicos fijos, que según Bassols (1992, p. 280), ha dado buenos resultados en el orden político y en el gobierno económico de la economía española. Este principio debe entenderse como una clave interpretativa, según la cual: (1) la Constitución no determina ni prevé una garantía de modelo económico alguno, (2) las disposiciones constitucionales no deben tomarse para establecer juicios en relación con el modelo económico y (3) la orientación político-económica de un estado está delegada en favor del poder legislativo, que dentro de los márgenes constitucionales, se adaptará a las necesidades y circunstancias específicas. Sin embargo, este principio no debe pensarse como una ausencia de bases jurídicas sobre las que pueda desarrollarse la economía de un país: antes bien, establece las directrices generales sobre las cuales el legislador deberá desarrollar las leyes respectivas (Badell, 2000, p. 158). En definitiva, la neutralidad política busca dotar al Estado de un instrumento que, además de dar espacio al legislador para que produzca leyes adecuadas a los requerimientos del grupo social, también

pueda convertirse en un instrumento eficaz y predecible para asegurar los derechos fundamentales de los ciudadanos (Badell, 2000, p. 159).

La Constitución económica debe también estar sujeta al principio de subsidiariedad, que es el que justifica la intromisión del Estado en el plano económico. Este principio busca reforzar la supremacía de las funciones soberanas del Estado y la eficiencia en las actividades supletorias que lleve a cabo: el Estado se fortalece, ya que su solidez se fundará no sobre el alcance o extensión de sus actividades, sino por su eficiencia en el cumplimiento de los cometidos que le son esenciales. El Estado subsidiario es, en esencia, el Estado de Justicia (Badell, 2000, p. 161).

El principio de subsidiariedad permite entender que la intervención estatal debe limitarse a aquellas actividades económicas en las que el sector privado no actúa suficientemente o en las que puede realizar una labor de complementación de aquella, en cuyo caso el Estado deberá respetar el principio de la libre competencia, concurriendo con el sector privado para competir en igualdad de condiciones (Badell, 2000, p. 162).

Por otra parte, la Constitución económica reconoce la libertad de empresa y a la empresa misma como parte del sistema económico, y es precisamente, el despliegue de esta capacidad o iniciativa de los particulares la que justifica su reconocimiento como un derecho público subjetivo, digno de protección constitucional (Bassols Coma, 1992, p. 284). En otras palabras, luego del Estado como principal actor económico (no solo como actor propiamente dicho, aunque de manera subsidiaria, sino como regulador y fiscalizador), no cabe duda de que la empresa es otro de los principales actores del escenario económico.

Es decir, se reconoce a la empresa como actor económico y a la libertad de empresa como derecho constitucional; sin embargo, su actuación debe estar en armonía con los otros parámetros de la Constitución económica, es decir, sujeta a parámetros de índole laborales, fiscales, de competencia y, especialmente importante para este estudio, no puede colisionar con los intereses de los consumidores y usuarios.

Si bien la ordenación interna de la empresa ha estado apartada del derecho constitucional, su relación con la sociedad en la que se inserta sí está ligada con esta rama del derecho. La autonomía de la cual goza la empresa se refiere a la gestión empresarial, mas no a la social (López Garrido, 1993, p. 84). Así pues, la empresa como ente jurídico autónomo genera una serie de cuestiones dogmáticas e interpretativas.

De igual manera, dentro de la Constitución se presentan limitaciones a la libertad económica, de industria y comercio, que pueden encontrarse dentro de los mismos textos constitucionales de manera explícita (por ejemplo la prohibición de los monopolios, abusos de la posición de dominio y restricciones a actividades que han sido exclusivamente reservadas al Estado), o delegaciones para restricciones de tipo legislativo (como ocurre con las leyes de protección al consumidor, leyes que protegen la libre competencia o antimonopolios) que determinan la actuación de los agentes económicos en salvaguarda del interés público. Cabe resaltar que la mayor o menor intervención del Estado en la economía dependerá de la política imperante o de que se trate de un estado con mayor o menor propensión al intervencionismo económico (Badell, 2000, p. 170).

La inclusión de principios rectores de los sistemas económicos dentro de las constituciones ha sido necesaria por las crecientes tendencias integracionistas, virtualización de las fronteras, circulación de capitales, políticas macroeconómicas inclinadas al comercio internacional, aglomeración de capitales, armonización de sistemas financieros, de cooperación económica, evolución de tecnología y de telecomunicaciones. Estos principios, que, según lo explicado en los párrafos superiores, no deben ser tomados como un lineamiento económico exclusivo, sí deben permitir que se desarrolle un ordenamiento jurídico que controle las relaciones entre los actores económicos y el Estado. Es aquí donde encontramos el punto de coincidencia entre el derecho constitucional económico y el derecho de la competencia y aún más el derecho del consumo. Éstos son un eslabón fundamental de la estructura y ordenación del sistema económico (Blume Fortini, 1997, p. 35).

Más allá de orientaciones ideológicas económicas adoptadas en cada país e incorporadas a su Constitución correspondiente, los diferentes países de Iberoamérica tienen en común el asumir la economía para su regulación por la Norma Fundamental y admitir por tanto un orden público económico (Dalla Via, 2012, p. 30). En particular, podemos observar que los países han incluido los aspectos económicos, bien asignándoles una parte especial al tratado sistemático de las cuestiones económicas —como en el caso de Perú, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador y Venezuela— o tomando un modelo de dispersión dentro del articulado de la Carta Magna —como en Argentina, Chile, Uruguay, Paraguay y México (Dalla Via, 2012, p. 21).

La mayoría de estos países establece parámetros constitucionales para la creación del presupuesto público, la planificación del gasto

público, lo relativo a la propiedad privada, el libre comercio e industria, libertad de asociación para llevar a cabo actividades comerciales, el tratamiento de los monopolios y otras restricciones limitaciones a la libre competencia, la explotación de los recursos naturales, lo relativo a las políticas monetarias y bancarias, así como una protección al consumidor y al usuario. Esto demuestra la importancia de la regulación constitucional de la economía para lograr una ordenación publica económica (Dalla Via, 2012, p. 21) y el correcto encausamiento de las políticas públicas y la política económica.

La constitucionalización del derecho del consumidor viene dada por un cambio de paradigma para entender el acto del consumo, ya que no cabe duda de que el consumidor es el fin de toda actividad económica, pues este actor es quien cierra el círculo económico, satisface sus necesidades y acrecienta el bienestar tanto individual como colectivo al utilizar y consumir los servicios y productos (Donayre Montesinos, 2015, p. 52). El rol de defensa del Estado se da por la visualización subjetiva de la relación de consumo como una en donde el proveedor es la parte fuerte, y el consumidor, la débil. Esto se puede encontrar principalmente en los estados que tienen un régimen económico de economía social de mercado, lo que justifica el deber especial de protección del Estado con respecto a los consumidores.

De igual manera, otros factores han influido en la constitucionalización de los derechos de los consumidores, tanto en América Latina como en otras latitudes. Los derechos fundamentales se han ampliado, ya que se consideran límites al poder, que de no existir se pone en peligro la dignidad de la persona. En este mismo orden de ideas, se tiende a la positivización de los derechos fundamentales; de esta manera, el reconocimiento del derecho en una forma positiva pone a su servicio la fuerza del Estado para hacerlo exigible y eficaz (Donayre Montesinos, 2015, pp. 55 y ss.).

2. Constitucionalización de los derechos de los consumidores en las cartas magnas de algunos países iberoamericanos

Dentro de los textos constitucionales se ha consagrado el derecho de protección a los consumidores generalmente dentro de los apartados de ordenación económica como una forma de limitar o regular el principio de la libertad de empresa, de manera que el Estado pueda cumplir con esa característica de regulador de la actividad económica y proteger al débil en el terreno jurídico.

En Iberoamérica podemos encontrar la protección al consumidor y al usuario como precepto de rango constitucional en casi todas las constituciones. En este apartado no pretendemos hacer un análisis exhaustivo de derecho constitucional comparado, ni mucho menos hacer un estudio profundizado sobre la normativa de derecho del consumo, pero sí buscamos brindar al lector un acercamiento a las disposiciones constitucionales que al respecto se encuentran insertas dentro del constitucionalismo económico de la región.

La Constitución española de 1976 en su título primero (sobre los derechos y deberes fundamentales), capítulo tercero ("De los principios rectores de la política social y económica"), artículo 51[1], introduce la protección del Estado y el protagonismo de los consumidores en la defensa de sus derechos. Esto se encuentra en concordancia con el sistema económico fundamentado en la libertad de empresa, unidad de mercado y la intervención del Estado subordinada al interés general.

En la República Argentina, en el año 1994, el capítulo segundo de la Constitución, dedicado a los nuevos derechos y garantías, enfatizó en la participación ciudadana, dando rango constitucional a los intereses de los usuarios y consumidores (artículo 42)[2]. En este apartado se asegura que en las relaciones de consumo se protegerá la salud, la seguridad y los intereses económicos; de igual forma, se protege

[1] Constitución española, artículo 51: "1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos Intereses económicos de los mismos. 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllas, en los términos que la ley establezca. 3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará. el comercio Interior y el régimen de autorización de productos comerciales".

[2] Constitución de la República Argentina, artículo 42: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

"Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

"La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control".

el acceso una información adecuada y veraz que permita la libertad de elección y condiciones de trato equitativo y digno. Todo esto tramitado por la actuación de las autoridades, garantes no solo de los derechos sino también de la educación para el consumo, la defensa de la competencia, control de los monopolios, la calidad y eficiencia de los servicios públicos, entre otros. Se hace la delegación legislativa para que se establezcan los procedimientos para la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, y deja abierto en el artículo 43[3] la posibilidad de interponer recurso de amparo constitucional contra cualquier forma de discriminación en lo relativo a los derechos que protegen al consumidor y al usuario.

En Bolivia la Constitución de 2009, dentro de los derechos fundamentales y garantías (título II), especialmente en el capítulo quinto, relacionado con los derechos sociales y económicos, se ha dedicado una sección (sección X) exclusivamente al derecho "de las usuarias y los usuarios" y "de las consumidoras y los consumidores" que contiene los artículos 75[4] y 76[5], donde se garantiza el suministro de alimentos, fármacos y productos inocuos, de calidad y en la cantidad adecuada y suficiente, así como se insta a una prestación eficiente y oportuna de

[3] Constitución de la República Argentina, artículo 43: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

"Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización".

[4] Constitución boliviana, artículo 75: "Las usuarias y los usuarios y las consumidoras y los consumidores gozan de los siguientes derechos:

"1. Al suministro de alimentos, fármacos y productos en general, en condiciones de inocuidad, calidad, y cantidad disponible adecuada y suficiente, con prestación eficiente y oportuna del suministro.

"2. A la información fidedigna sobre las características y contenidos de los productos que consuman y servicios que utilicen".

[5] Constitución boliviana, artículo 76: "I. El Estado garantiza el acceso a un sistema de transporte integral en sus diversas modalidades. La ley determinará que el sistema de transporte sea eficiente y eficaz, y que genere beneficios a los usuarios y a los proveedores.

los servicios; además, explica que la información sobre esos productos y servicios debe ser puesta a disposición de los consumidores y usuarios. Igualmente, entrega como competencia exclusiva a los gobiernos municipales autónomos (art. 302.37) las políticas que garanticen la defensa de los consumidores y usuarios en el ámbito municipal[6].

La Constitución de Brasil también incluye los derechos del consumidor dentro de los derechos y garantías fundamentales (título II), específicamente dentro del artículo 5.º[7], donde garantiza la igualdad ante la ley, estableciendo que el Estado deberá dictar la ley que garantice la protección al consumidor. Más específicamente, el artículo 24[8] establece la competencia a la Unión, a los estados y al Distrito Federal el legislar concurrentemente para establecer la responsabilidad por daño al consumidor. Sin embargo, es en el título VII, del orden económico y financiero, capítulo I (principios generales de la actividad económica), donde establece en su artículo 170[9] que el orden económico estará fundamentado en la valorización del trabajo humano y la libre iniciativa que tenga como fin asegurar la existencia digna conforme a la justicia social y que observe, entre otros, el principio de la defensa del consumidor.

Colombia, por su parte, incluye en la Constitución de 1991 los derechos de los consumidores y usuarios dentro del título de los derechos,

---

"II. No podrán existir controles aduaneros, retenes ni puestos de control de ninguna naturaleza en el territorio boliviano, con excepción de los que hayan sido creados por la ley".

[6] Constitución de Bolivia, artículo 302: "I. Son competencias exclusivas de los gobiernos municipales autónomos, en su jurisdicción: [...] 37. Políticas que garanticen la defensa de los consumidores y usuarios en el ámbito municipal".

[7] Constitución de Brasil, artículo 5: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindose aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXII o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; [...]".

[8] Constitución de Brasil, artículo 24: "Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] VIII responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; [...]".

[9] Constitución de Brasil, artículo 170: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V defesa do consumidor".

garantías y deberes; sin embargo, dicha inclusión no tiene lugar en el capítulo correspondiente a los derechos sociales, económicos y culturales, sino en el destinado a los derechos colectivos y del ambiente, en concreto en el artículo 78[10], dejando al legislador la regulación de la calidad de los bienes y la información que debe ser suministrada al público para la comercialización. Igualmente, establece que se garantizará la participación de usuarios y consumidores en la creación de las disposiciones que sean de su incumbencia.

La Constitución ecuatoriana, dentro del título II ("Derechos"), en su capítulo tercero, considera los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria y dentro de estos, en su sección novena, se refiere a las personas usuarias y consumidoras, ubicándolas así en conjunto con grupos vulnerables como los adultos mayores, las mujeres embarazadas, los niños y adolescentes, personas con discapacidad, enfermedades catastróficas y privadas de libertad. Cuatro artículos componen la sección. El artículo 52[11] establece el acceso a los bienes y servicios de calidad, la libertad de elección, de información precisa y veraz. Hace la delegación legislativa al establecimiento de mecanismos de control de calidad, defensa de los consumidores y sanciones por vulneración de estos. Establece de igual manera el derecho a la reparación e indemnización.

Por su parte, el artículo 53[12] obliga a los prestadores de servicios públicos a la incorporación de sistemas de medición de satisfacción del

[10] Constitución de la República de Colombia, artículo 78: "La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos".

[11] Constitución de Ecuador, artículo 52: "Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características.

La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor".

[12] Constitución de Ecuador, artículo 53: "Las empresas, instituciones y organismos que presten servicios públicos deberán incorporar sistemas de medición de satisfacción

usuario y establece la responsabilidad estatal por los daños y perjuicios ocasionados en ocasión de la prestación de servicios públicos. La responsabilidad de las empresas o personas que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, así como por la mala praxis de profesiones, arte u oficios, especialmente las que puedan poner en riesgo la integridad o la vida de las personas están establecida en el artículo 54[13], y esta responsabilidad es civil y penal. Por último, el artículo 55[14] otorga el derecho de asociación y el protagonismo en la promoción y defensa de los derechos de los consumidores y usuarios ante los entes judiciales o administrativos. Este protagonismo se ve reflejado también en lo relativo a la soberanía alimentaria establecida en el artículo 281[15], donde el Estado se responsabiliza de fortalecer el desarrollo de las organizaciones de productores y consumidores así como de las redes de comercialización y distribución de alimentos, que permitan que las personas tengan la autosuficiencia de alimentos sanos y culturalmente apropiados de forma permanente.

---

de las personas usuarias y consumidoras, y poner en práctica sistemas de atención y reparación.

El Estado responderá civilmente por los daños y perjuicios causados a las personas por negligencia y descuido en la atención de los servicios públicos que estén a su cargo, y por la carencia de servicios que hayan sido pagados".

[13] Constitución de Ecuador, artículo 54: "Las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio, por la calidad defectuosa del producto, o cuando sus condiciones no estén de acuerdo con la publicidad efectuada o con la descripción que incorpore.

Las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, en especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas".

[14] Constitución de Ecuador, artículo 55: "Las personas usuarias y consumidoras podrán constituir asociaciones que promuevan la información y educación sobre sus derechos, y las representen y defiendan ante las autoridades judiciales o administrativas.

Para el ejercicio de este u otros derechos, nadie será obligado a asociarse".

[15] Constitución de Ecuador, artículo 281: "La soberanía alimentaria constituye un objetivo estratégico y una obligación del Estado para garantizar que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades alcancen la autosuficiencia de alimentos sanos y culturalmente apropiado de forma permanente.

Para ello, será responsabilidad del Estado: [...] 10. Fortalecer el desarrollo de organizaciones y redes de productores y de consumidores, así como las de comercialización y distribución de alimentos que promueva la equidad entre espacios rurales y urbanos".

En México el extenso contenido del artículo 28 establece la prohibición de monopolios y prácticas restrictivas de la competencia, así como también garantiza el acceso a artículos, materias o productos. Dispone que será por la ley como se establecerá la protección de los consumidores y se propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses. También por delegación legislativa se establecerán las condiciones bajo las cuales se asegure la eficacia de la prestación de servicios y utilización social de los bienes.

Perú comienza a darle un tratamiento sistemático, coherente y orgánico en la Constitución de 1979, cuando incluye un título especialmente dedicado al régimen económico, regulando los recursos naturales, la propiedad, la empresa, la hacienda pública, el régimen agrario y la banca, entre otros factores económicos. La actual Constitución, promulgada en 1993, consagra los principios de subsidiariedad y pluralismo económico. Dentro de ellos ha incluido la libre competencia y la prohibición de monopolios, en su artículo 61[16], y en su artículo 65[17], la protección de los consumidores. Esto permitiría que Perú tuviera una economía internacionalmente aceptable, que pudiera insertarse dentro de la economía mundial, apoyar a los pequeños empresarios, controlar y fiscalizar a los más grandes en materia de monopolios y crear a posteriori instrumentos necesarios para la defensa del consumidor. La premisa fundamental de estos principios es que la Constitución debe garantizar el correcto funcionamiento de las fuerzas del mercado (Blume Fortini, 1997, p. 36).

En la Constitución venezolana de 1999, el artículo 112[18] establece la libertad de empresa y libertad económica; sin embargo, se consiguen limitaciones constitucionales y legislativas. Las primeras incluyen la prohibición de los monopolios y el abuso de posición de dominio (artículo 113)[19]. Dentro de la Constitución económica venezolana,

[16] Constitución de Perú: artículo 61: "El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. [...]".

[17] Constitución de Perú, artículo 65: "El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población".

[18] Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 112: "Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social".

[19] Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 113: "No se permitirán monopolios. Se declaran contrarios a los principios fundamentales de esta Constitución cualesquier acto, actividad, conducta o acuerdo de los y las particulares

especialmente importante para este estudio es el contenido del artículo 117[20], que les ha dado rango constitucional a los derechos del consumidor, exigiendo la calidad en los bienes y servicios, la información adecuada y no engañosa sobre el contenido y las características de los productos y servicios, libertad de elección y un trato digno y equitativo. Es el legislador el que se ha encargado de trazar los lineamientos para limitar la actuación de los proveedores de bienes y servicios y otros actores económicos a través de las diferentes leyes publicadas desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1999.

Algunas constituciones latinoamericanas no consagran ningún precepto expresamente relacionado con la protección del consumidor y el usuario, por ejemplo, Chile y Uruguay; sin embargo, esto no es óbice para que el consumidor no tenga garantizada una protección de sus derechos. Esto se ha hecho a través de normas legislativas.

3. La importancia de la inclusión de los derechos del consumidor en el constitucionalismo iberoamericano

La inclusión de los derechos de los consumidores en las recientes y no tan recientes constituciones de algunos países iberoamericanos

---

que tengan por objeto el establecimiento de un monopolio o que conduzcan, por sus efectos reales e independientemente de la voluntad de aquellos o aquellas, a su existencia, cualquiera que fuere la forma que adoptare en la realidad. También es contrario a dichos principios el abuso de la posición de dominio que un o una particular, un conjunto de ellos o de ellas, o una empresa o conjunto de empresas, adquiera o haya adquirido en un determinado mercado de bienes o de servicios, con independencia de la causa determinante de tal posición de dominio, así como cuando se trate de una demanda concentrada. En todos los casos antes indicados, el Estado adoptará las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio, del abuso de la posición de dominio y de las demandas concentradas, teniendo como finalidad la protección del público consumidor, de los productores y productoras, y el aseguramiento de condiciones efectivas de competencia en la economía.

Cuando se trate de explotación de recursos naturales propiedad de la Nación o de la prestación de servicios de naturaleza pública con exclusividad o sin ella, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público".

[20] Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 117: "Todas las personas tendrán derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen; a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno. La ley establecerá los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, las normas de control de calidad y cantidad de bienes y servicios, los procedimientos de defensa del público consumidor, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la violación de estos derechos".

demuestra que en la región prevalece el Estado social de derecho, donde, independientemente de la política económica en la cual se basan, se toman en consideración los intereses y derechos de los consumidores y usuarios.

En la mayoría de las constituciones estudiadas encontramos de manera tácita o explícita los principios de derecho a la satisfacción de necesidades básicas, donde los estados se comprometen a vigilar que los consumidores y usuarios tengan acceso a bienes y servicios básicos esenciales (como alimentos, ropa, vivienda, atención sanitaria, educación, servicios públicos), que sean idóneos para suplir dichas necesidades, según los criterios de calidad y seguridad indicados por el oferente. Garantizan el derecho a la información veraz sobre los productos y servicios, lo cual genera de forma concomitante que los consumidores y usuarios puedan elegir libre y conscientemente entre los bienes existentes en el mercado. También, en las constituciones de este estudio se garantiza la participación de los consumidores en la defensa de sus derechos, a ser escuchados y estar representados en la aplicación e incluso en la creación de las políticas gubernamentales en la materia.

Menos frecuente, al menos en el ámbito constitucional, fue encontrar el derecho a la educación de los consumidores, que en la mayoría de los casos ha sido objeto de delegación legislativa. El derecho a la reparación y la compensación parece haber sido también objeto de esta delegación casi de manera constante.

Consideramos que las constituciones económicas estudiadas en el presente capítulo cumplen de manera satisfactoria con los principios mínimos de protección al consumidor y al usuario; y que se advierte la influencia del acto del consumo para encausar las constituciones económicas de los países. Este estudio se limita a los preceptos constitucionales, pero puede ser un abrebocas para futuros estudios de derecho comparado que versen sobre las leyes generales o especiales de protección al consumidor y al usuario, así como de los entes administrativos creados por estas y su efectiva protección a este grupo vulnerable.

BIBLIOGRAFÍA

Badell, R. (2000). La Constitucion económica. *Revista BCV. Banco Central del Venezuela, 14* (1), 151-194.

Bassols Coma, M. (1992). La Constitución económica. *Revista de Derecho Político* (36), 277-290.

Blume Fortini, E. (1997). La Constitución económica peruana y el derecho de la competencia. *Themis: Revista de Derecho* (36), 29-37.

Dalla Via, A. R. (2012). Constitución económica. *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales.* Retrieved from http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/view/47.

Donayre Montesinos, C. M. (2015). La protección del consumidor desde una perspectiva constitucional. Fundamentos, garantías y mecanismos de protección. *Praeceptum* (3), 47-11 44.

López Garrido, D. (1993). Apuntes para un estudio sobre la Constitución económica. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (15), 79-96.

Vallejo Mejía, J. (1988). La Constitución económica. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* (80), 9-23.

Capítulo II

Información y publicidad comercial: ¿entre dos orillas diferentes?*

Juan Carlos Martínez Salcedo**
Juan Francisco Ortega Díaz***

La información se erige como uno de los pilares fundamentales en las relaciones de consumo con ocasión de las asimetrías particulares que tienen lugar en las negociaciones entre un oferente de bienes y servicios (fabricante, importador, distribuidor, entre otros) y el destinatario final, quien tiene una necesidad insatisfecha que ha de ser suplida con dichas prestaciones.

El oferente de bienes y servicios es el titular de la información relativa a la prestación económica que incorpora al mercado. Solo él conoce cuál es el origen, la composición, la naturaleza, la correcta forma de utilización, y otros aspectos de importancia sobre el producto, que deben ser puestos a disposición del consumidor, como insumo necesario para el correcto discernimiento y juicio de adquisición que este debe hacer al momento de escoger cual es el que mejor se adecua para suplir su necesidad insatisfecha.

En consecuencia, surgen para el empresario los denominados *deberes de información*, que suponen la puesta a disposición de los elementos

* Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2017.161.

** Abogado admitido en Colombia y España, egresado de la Universidad de La Sabana (Colombia), especialista en Derecho Contractual por la Universidad del Rosario (Colombia) y magíster en Derecho Privado por la Universidad Carlos III de Madrid (España). Profesor y candidato a doctor en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Correo electrónico: jc.martinez12@uniandes.edu.co.

*** Licenciado en Derecho por la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (ULPGC), Grado de Salamanca en investigación, doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca y máster en Relaciones Internacionales Iberoamericanas por la Universidad Rey Juan Carlos I. Profesor de la Universidad de Salamanca durante más de diez años, en la actualidad es profesor de planta de la Universidad de los Andes (Bogotá) y profesor visitante de diversas universidades norteamericanas, europeas y latinoamericanas. Correo electrónico: jf.ortega43@uniandes.edu.co.

objetivos que revisten al producto, asegurando la integridad, veracidad, verificabilidad, oportunidad y suficiencia de aquella. Al mismo tiempo, deberá abstenerse de remitir información defectuosa, falsa o engañosa pues tal circunstancia pondría en riesgo los intereses del consumidor y del mercado mismo.

Los deberes de información deben ser garantizados durante todo el *iter* contractual de consumo, incluso durante los primeros acercamientos que tienen lugar entre las partes. Es en este momento cuando los empresarios suelen acudir a la publicidad comercial para promocionar las prestaciones económicas que han incorporado al mercado, en virtud del gran poder de difusión y capacidad de penetración que tienen los medios de comunicación, en busca de la captación de la clientela a partir del convencimiento y la persuasión al consumidor para que se acerque e indague por el producto.

Sin embargo, *información* y *publicidad comercial* son conceptos diferenciados que cumplen con propósitos disímiles cuyas implicaciones jurídicas no pueden ser asemejadas, a pesar de que, dadas las circunstancias particulares, puedan llegar a desencadenar efectos parecidos, con ocasión de la incorporación al anuncio publicitario de aspectos objetivos que hacen parte de los deberes de información.

Así las cosas, es nuestro propósito abordar los conceptos de *información* y *publicidad* como instituciones convergentes en las relaciones de consumo, para mencionar con detalle a qué se refiere cada una, cuáles son sus características, cuál es su fundamento constitucional y cuál ha sido el tratamiento que les ha dado el legislador. Para cumplir este propósito hemos elaborado un estudio descriptivo del estado de la cuestión, a partir del análisis de algunas sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, en consonancia con la revisión de fuentes doctrinales relevantes.

1. Los deberes de información

El consumidor ostenta una posición de especial protección en las relaciones jurídicas, cuya salvaguarda debe estar garantizada por el ordenamiento jurídico. Asegurarle al consumidor el acceso a la información, como derecho de especial protección, coadyuva a la equiparación de las asimetrías naturales ocasionadas por la desigualdad de conocimientos entre oferente y destinatario, para permitir una elección libre, objetiva y transparente del bien o servicio que ha de ser adquirido,

al mismo tiempo que evita la materialización de abusos injustificados en las condiciones contractuales calificadas como transgresoras de sus derechos (Rapossi, 2013, p. 477).

A) *Derecho constitucional, protección del consumidor e información*

No es una cuestión baladí el que el derecho constitucional haya querido elevar a rango constitucional la protección del consumidor. Otorgarle esta categoría ha permitido superar la igualdad formal de las partes contratantes, para dar paso a nuevas formas de protección que reconocen la existencia de asimetrías negociales asociadas a la dinámica propia del mercado, el incremento incesante de operaciones comerciales y el constante afán por perseguir la eficiencia económica en los sistemas de libre mercado[1].

La Constitución Política de Colombia consagra el principio de protección del consumidor en su artículo 78, y le asigna al legislador el deber de establecer mecanismos que aseguren "el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la *información que debe suministrarse al público en su comercialización*" (énfasis agregado) (Constitución Política de Colombia, 1991).

La Corte Constitucional ha explicado el alcance de la protección del consumidor según lo previsto en el artículo 78 superior, cuya salvaguarda va más allá de la mera consecución de bienes y servicios de calidad, idóneos y seguros, al otorgarle un carácter poliédrico cuyo objeto "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

[1] La Constitución Política incorporó el principio de protección del consumidor como un derecho colectivo, a los que se refiere el capítulo 3, "De los derechos colectivos y del ambiente", del título II, "De los derechos, las garantías y los deberes". Morgestein justifica la incorporación del principio de protección al consumidor en la Constitución en razón de las asimetrías que tienen lugar en las relaciones de consumo, por lo que su objetivo primordial no es otro que "proteger la parte débil del contrato, es decir al consumidor intentando garantizarle el acceso a la información que requiere antes de decidirse por adquirir un bien o acceder a un servicio, como la que le es necesaria para perfeccionar y ejecutar el correspondiente contrato. De esta forma elevó al rango de colectivo el derecho a la información que tienen los consumidores reforzado por garantías institucionales como la participación en los procesos administrativos y judiciales que pueden afectar sus intereses" (Morgestein Sánchez, 2015, p. 202).

(frente a la administración pública y a los órganos reguladores)" (Corte Constitucional, 2000).

La Corte ha reiterado el carácter poliédrico del derecho del consumo, con hincapié en los deberes de información. Este tribunal ha indicado expresamente que "la función estatal en este campo se concentra en garantizar que las decisiones de consumo sean informadas, disminuyendo las asimetrías que impidan el conocimiento previo a la adquisición de productos y servicios seguros y de aceptable calidad" (Corte Constitucional, 2011).

En este orden de ideas, los deberes de información a cargo del oferente de bienes y servicios hacen parte del núcleo esencial del principio constitucional de protección al consumidor como mecanismo necesario para equiparar las asimetrías naturales entre oferente y consumidor. Su observancia debe estar presente durante todo el *iter* contractual de consumo, pues de lo contrario podrán desplegarse las acciones procedimentales para asegurar la reparación del daño causado con ocasión de la información defectuosa.

B) *Información en la Ley 1480 del 2011: principio, deber y derecho*

Las normas de protección al consumidor en Colombia estaban contenidas, principalmente, en el Decreto Ley 3466 de 1982, cuya revisión era imperiosa dada las nuevas realidades económicas que estaban teniendo lugar: la globalización, las dinámicas propias del libre mercado alejadas del proteccionismo estatal, el alto flujo de transacciones económicas, la apertura de nuevos escenarios de interacción entre oferentes y destinarios facilitados por las tecnologías de la información, entre otros. Con ese propósito surge la Ley 1480 del 2011, por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 12 de abril del 2012.

El Estatuto reivindica la importancia de la información en las relaciones jurídicas destinatarias de sus normas[2], a tal punto que el legislador

[2] El derecho del consumo es un derecho especial frente al derecho civil e, incluso, frente al derecho comercial, lo que supone diferencias en la configuración de las instituciones que lo componen. Este es el caso del deber de información, cuyos matices pueden apreciarse con plenitud cuando se está ante una relación de consumo. En esta, "la intensidad que aparecen en el sistema de protección de los consumidores, no son propios del sistema común y hacen una importante diferencia con él [...] mientras en el sistema civil y comercial solo por excepción existen deberes de información ex-

menciona esta institución como un instrumento necesario para la consolidación de los principios generales del derecho del consumo, reiterando la necesidad especial de amparar efectivamente "el acceso de los consumidores a una información adecuada, de acuerdo con los términos de esta ley, que les permita hacer elecciones bien fundadas" (Estatuto del Consumidor, 2011, art. 1.º).

Es importante mencionar que solo gozan de la categoría de principios (1) la efectividad, (2) el libre ejercicio de derechos, (3) el respecto a la dignidad de los consumidores y (4) la protección a los interés económicos de los consumidores, pues los mencionados luego, en los incisos 1 al 4, dentro de los que se destaca el acceso a la información, solo pueden ser considerados derechos de especial protección; así, Giraldo expone que "bajo el mismo título de principios generales se mencionan cuatro —salud y seguridad, información, educación y organización— derechos cuya especial protección y garantía determina su inclusión en esta disposición [...] revistiéndoles de una especial categoría frente a los demás consagrados en el referido artículo 3.1" (Giraldo López, Caycedo Espinel y Madriñán Rivera, 2012, p. 3).

Una interpretación semejante sobre el impreciso carácter de principio que el legislador menciona en el artículo 1.º es la expuesta por Chamie, quien menciona que "la voz 'principio general' hace pensar en un catálogo coherente y sistemático de principios que serán enunciados[;] sin embargo, la norma en seguida pasa a enunciar los objetivos de la ley (proteger, promover y garantizar) [...] Luego pasa el legislador a vincular estos objetivos con cinco aspectos que parecen tener la intención de desarrollar los tres enunciados del proemio de la norma. En estos tres objetivos, si se quiere, se basa la disciplina del nuevo Estatuto según la letra de su texto" (Chamie, 2013, p. 123).

A pesar de lo anterior, se ha defendido la extensión del carácter de principio a los derechos de especial protección que se mencionan en

---

presamente reconocidos, y otros que derivan de una manera general del principio de buena fe contractual, para el derecho del consumo estos están en su base. Mientras en el Código Civil y de Comercio la protección al consentimiento libre se configura por vía de reacción, anulando contratos que aparecen viciados y por causas tipificadas, en la ley de protección a los derechos de los consumidores existe un sistema preventivo, pues, se asegura al consumidor la plena información. Más que la voluntad negocial, lo que se busca es dar protección a la expectativa de un consumo seguro y de acuerdo con lo que se ha ofrecido" (Baraona González, 2014, pp. 387-388).

el artículo 1.º, numerales 1 al 4[3]. Correa explica que la información —como principio— ha sido revestida de fuerza vinculante mediante la incorporación de normas específicas y concretas que dinamizan sus preceptos; así, "es posible apreciar que la primera categoría de principios, los que contemplan el soporte axiológico del Estatuto, poseen un desarrollo concreto como posiciones jurídicas de distintito carácter y atribuibles a diferentes sujetos" (Correa, 2013, p. 13). En tal sentido, la información como principio se materializa a través de deberes, derechos y obligaciones que se enuncian en diferentes acápites del Estatuto.

Ahora bien: el artículo 3.º le otorga una doble dimensión a la información: (1) la información como derecho a favor de los consumidores, debiendo esta ser "completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea respecto de los productos que se ofrezcan o se pongan en circulación, así como sobre los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización, los mecanismos de protección de sus derechos y las formas de ejercerlos" (Estatuto del Consumidor, 2011, art. 3.1.3), y (2) la información como deber exigible a los consumidores, quienes deberán "informarse respecto de la calidad de los productos, así como de las instrucciones que suministre el productor o proveedor en relación con su adecuado uso o consumo, conservación e instalación" (Correa, 2013; Estatuto del Consumidor, 2011, art. 3.1.2).

Así pues, bien puede colegirse el carácter tríptico de la información en el derecho del consumo, habiendo sido revestida por el legislador como principio, en consonancia con lo dispuesto en la Constitución Política —vinculado estrechamente con el principio de transparencia—, como derecho, del que es deudor el oferente y, como deber jurídico, a cargo del consumidor final.

C) *El concepto de "información"*

El Estatuto del Consumidor reservó el artículo 5.º para definir algunas instituciones que cobran relevancia en las relaciones de consumo. La información es una de esta instituciones, cuyo concepto hace referencia

[3] En este sentido, si bien se ha defendido la literalidad que el legislador utiliza al mencionar a la información dentro del artículo 1.º, al que ha denominado "de los principios". No es un asunto menor el impreciso uso del concepto de *principio* y la falta de claridad en la redacción de este. Morgestein expone al respecto que el mencionado artículo "no contiene una declaración coherente y sistemática de principios generales, sino que las líneas iniciales de la disposición enuncian los objetivos básicos de la Ley" (Morgestein Sánchez, 2015, p. 205).

a "Todo contenido y forma de dar a conocer la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad, y toda otra característica o referencia relevante respecto de los productos que se ofrezcan o pongan en circulación, así como los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización" (Estatuto del Consumidor, 2011, art. 5.7).

Esta definición no estaba contenida en el Decreto Ley 3466 de 1982, que guardó silencio al respecto. Sí había menciones en la norma derogada a la propaganda comercial[4], que no pueden ser equiparables al concepto de *información* pues son diferentes, aun cuando se ha advertido algún grado de confusión[5].

Ahora bien: la definición legal contenida en el Estatuto hace referencia a la protección del consumidor a partir del suministro de información inherente al producto; sin embargo, al oferente le son exigibles otros deberes de información que se extienden más allá, que han sido incluidas en el Estatuto como herramienta de salvaguardaría del extremo débil de aquélla.

Estos deberes superan el mero suministro de información, pues, dadas las limitaciones naturales impuestas por la posición del consumidor en la relación negocial, no siempre se constituyen como una garantía efectiva[6].

[4] El literal d del artículo 1.º del Decreto Ley 3466 de 1982 definía a la propaganda comercial como "todo anuncio que se haga al público para promover o inducir a la adquisición, utilización o disfrute de un bien o servicio, con o sin indicación de sus calidades, características o usos, a través de cualquier medio de divulgación, tales como radio, televisión, prensa, afiches, pancartas, volantes, vallas y, en general, todo sistema de publicidad". En tal sentido, más que una definición de información, la norma derogada hacía referencia a la publicidad comercial, lo que, además, resulta impreciso dadas las diferencias conceptuales que existen entre esta y la propaganda. Al respecto (Martínez-Salcedo, 2016).

[5] Villalba explica cómo el Decreto Ley 3466 de 1982 no utilizaba el término "información": "[...] se centró en el término 'propaganda', lo cual constituía un error y generaba una imprecisión conceptual porque se confundían la información y la publicidad" (Villalba Cuéllar, 2012, p. 45).

[6] De la Maza Gazmuri explica al respecto que "El suministro de información presenta ciertas limitaciones frente las cuales es necesario recurrir a medias de protección más severas. Así, por ejemplo, a veces no es suficiente que se informe al consumidor con toda claridad acerca de la existencia de las cláusulas que le resultan abiertamente desventajosas, es necesario prohibirlas. O bien, no es suficiente que, al momento de celebrar el contrato, disponga de toda la información, debe agregarse, luego de la celebración

D) *El contenido de la información*

El título V de la Ley 1480 del 2011 fue reservado por el legislador para establecer con mayor suficiencia los parámetros legales que el productor debe observar respecto de la información comercial. Este título está integrado por seis artículos en los que se establece cuál es la información mínima que ha de suministrarse y la responsabilidad que de esta obligación se deriva (artículo 23), el contenido de la información (artículo 24), las condiciones especiales que pueden revestir ciertos productos (artículo 25), la información pública de precios (artículo 26), el derecho a recibir constancia (artículo 27) y una regla especial sobre información dirigida a niños, niñas y adolescentes (artículo 28).

a) *Información mínima y responsabilidad*. El suministro de información se erige como un derecho básico a favor del consumidor, que implica una obligación correlativa a cargo del productor[7]. Este derecho se integra a partir de dos dimensiones: una dimensión positiva, que conlleva la puesta a disposición de todo aquello que le permita al consumidor conocer con suficiencia el producto, resulte o no necesario para la correcta toma de su decisión; y una dimensión negativa que lo salvaguarda de ser engañado ante defectos en la información suministrada o ante la insuficiencia o la incorrección de esta (De la Maza Gazmuri, 2010, p. 137).

En aras al aseguramiento de la información suministrada, el artículo 23 del Estatuto del Consumidor le impone al productor ciertas cargas que han de ser observadas en cada momento. Así, la información debe ser clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa, idónea y en castellano —al menos la información mínima—. La inclusión de estos adjetivos en el enunciando normativo tiene como propósito objetivar el contenido de la información que los productores deberán poner a disposición del consumidor respecto de las prestaciones ofrecidas en el mercado, sin que interese cuál sea el canal de comunicación empleado (Lasarte Álvarez, 2014, p. 91).

---

del contrato, un lapso de tiempo para que el consumidor pueda reflexionar acerca de la conveniencia del contrato celebrado" (De la Maza Gazmuri, 2010, pp. 137-138).

[7] El suministro de información supone un derecho a favor del consumidor y una obligación exigible del productor. Lasarte destaca que esto es así por el debilitamiento de la posición que el consumidor ocupa en el mercado, con ocasión de la falta de transparencia y la ausencia de una información adecuada y suficiente (Lasarte Álvarez, 2014, p. 9).

En este mismo sentido, la Corte Constitucional ha reiterado[8] la importancia del deber de suministrar información en observancia de lo dispuesto por el legislador para promover que los consumidores

> accedan de manera plena a información relevante sobre el tipo de bienes que adquieren o consumen [...] con el fin de garantizar que tenga todas las garantías para tomar una decisión informada y voluntaria. Solo así, es posible lograr un sistema económico justo que no explote de manera premeditada las asimetrías naturales que existen entre un individuo y las compañías que producen los bienes y servicios del mismo [*sic*] [Corte Constitucional, 2015].

Ahora bien: cuando la información suministrada por el productor no está acorde con los requisitos que le son exigibles, será responsable de los perjuicios devenidos por la inadecuada o insuficiente información. La falta de veracidad, el suministro inoportuno, la insuficiencia de la información, entre otros defectos, pueden desencadenar la incorrecta valoración de un producto y alterara por tanto la decisión de adquisición del consumidor, situación que *per se* ya resulta perjudicial para sus intereses económicos. Esto es suficiente para activar las herramientas procesales previstas por el legislador para perseguir la reparación del daño causado con ocasión del defecto de información en el que hubiera podido incurrir el productor.

El legislador también tiene en consideración las variaciones o mermas relativas al peso o volumen informado al público admitiéndolas como legítimas cuando sean ocasionadas por la naturaleza misma del producto, a menos que se trate de transacciones o productos cuya distribución esté sujeta a mediciones o calibraciones obligatorias.

Un aspecto importante que se ha de tener en cuenta es que la información suministrada cobra importancia en la determinación de la calidad del producto. Los bienes o servicios deberán cumplir a satisfacción con cada uno de los aspectos que le fueron mencionados al consumidor, bajo las concisiones particulares que fueron especificadas, así como con las características inherentes a ellos (Valderrama Rojas, 3013, p. 236).

Los productos no son *per se* de alta o baja calidad, sino que esta está determinada por las particularidades inherentes a cada uno. Así, cualquier automotor podrá transportar a un consumidor del punto A a un punto B; sin embargo, las condiciones particulares de dicho transporte variarán a partir de las amenidades que le fueron incorporadas a cada

[8] Otras decisiones de la Corte Constitucional al respecto son: sentencia T-909/2012, sentencia T-136 del 2013, sentencia C-830 del 2010, sentencia C-592/2012, entre otras.

uno y que se informan al consumidor como elementos que determinarán el juicio de adquisición, determinando el criterio de calidad del producto escogido.

Por último, el legislador, valiéndose del carácter general del Estatuto del Consumidor, ha consagrado una obligación especial a cargo de las compañías aseguradoras, que deberán informar al consumidor vinculado mediante un contrato de seguro, dentro de los treinta días siguientes, las variaciones o modificaciones unilaterales respecto al valor asegurado o a las actualizaciones que se hagan a la prima.

b) *La información mínima*. El artículo 24 consagra qué ha de ser entendido, en términos generales, como *información mínima*, moderando, de cierta manera, el carácter general de la obligación de suministrar información[9]. Esta categorización está supeditada a las obligaciones particulares que los reglamentos especiales pudieren haber fijado para ciertos productos o, también, para aquellos aspectos que, por la naturaleza, las características del producto o las circunstancias particulares de uso y disfrute que puedan ser considerados esenciales por el interés que despiertan para el consumidor. Por tanto, se trata de una lista enunciativa —no taxativa— de aspectos mínimos que se han de informar y que podrá variarse según el producto —o servicio— de que se trate.

En este orden de ideas, el contenido de la información mínima debe obedecer a la necesaria puesta a disposición de "todo lo que sea determinante, útil o relevante para la formación del consentimiento de la contraparte; lo que pueda influenciar en la toma de su decisión de contratar" (Salgado Ramírez, 2013, p. 317), así como tomar en consideración la capacidad que tiene el consumidor para atender a su deber de informarse, lo que está directamente relacionado con su grado de diligencia y cuidado.

Lo anterior es consonante con lo expuesto por la Corte Constitucional, que ha precisado que el suministro de información tiene como propósito la protección efectiva de los derechos de los consumidores, según lo dispuesto por la Constitución Política, cuyo cumplimiento se

[9] La obligación de suministrar información es moderada por el legislador al mencionar cuándo se está ante un aspecto que deba ser considerado integrador del mínimo que debe conocer el consumidor para la correcta decisión. La determinación de ese mínimo toma en consideración lo dicho en el artículo 24 atenuado por "unos límites, que se hacen depender, ya de la buena fe, ya de las condiciones personales y profesionales de las partes y según la naturaleza y objeto del contrato, ya de la propia capacitad para informarse de la contraparte" (Salgado Ramírez, 2013, p. 318).

consolida con la puesta a disposición de la información mínima, en tanto esta cumple con ciertas características:

> (a) es esencial al producto, porque se refiere a su utilización y calidad (instrucciones de uso, consumo, conservación o instalación; cantidad, peso y volumen, fecha de vencimiento, de expiración en etiquetas y especificaciones del bien); (b) es generalmente del interés del consumidor; (c) responde a un interés público legítimo avalado por la Constitución y (d) contribuye realmente a solventar el desequilibrio entre consumidores y productores, porque le permite al consumidor conocer sobre los elementos básicos de un producto, solucionar su presunta ignorancia frente al mismo y discernir *prima facie* sobre su elección o no de consumo [Corte Constitucional de Colombia, 2015].

Es pertinente indicar que la sentencia C-583/2015 en mención declaró inexequible el numeral 1.4 del artículo 24[10], por estar en contravía de lo dispuesto en el artículo 78 de la Constitución Política, al no considerar información mínima la relativa a los alimentos o materias primas derivados de organismos genéticamente modificados para consumo humano[11]. Sin embargo, los efectos de dicha inexequibilidad fueron diferidos por dos años con el propósito de que el legislador pueda adoptar las medidas pertinentes al respecto.

[10] "Artículo 24.- Contenido de la información. La información mínima comprenderá: 1.4 Las especificaciones del bien o servicio. Cuando la autoridad competente exija especificaciones técnicas particulares, estas deberán contenerse en la información mínima".

[11] La Corte Constitucional ha ofrecido cinco razones para adicionar a la categoría de información mínima la relativa a los productos genéticamente modificados: "El derecho de acceso a esta información, como información mínima, cumple varias funciones esenciales en nuestro ordenamiento: [1] [E]n primer lugar, garantiza el derecho de los consumidores a la información relevante sobre los productos alimenticios que consumen, dándole sentido al núcleo esencial de su derecho a la información. [2] En segundo lugar, habilita a los consumidores a elegir de una manera libre los productos alimenticios que deseen consumir, conforme a su propia orientación de vida, respetando así el núcleo esencial del derecho a elegir, que compete al consumidor y que está ligado claramente a la expresión de su libre desarrollo de la personalidad. En tercer lugar, [3] garantiza la protección y prevención en materia de salud, al admitir los riesgos presuntos o eventuales ligados con aspectos del desarrollo de estos productos que son desconocidos hasta el momento por la sociedad, sobre la base del principio precaución; [4] cumple una función instrumental, al facilitar el seguimiento a estos productos por parte de las autoridades correspondientes y [5] finalmente, el derecho a acceder a esta información garantiza la transparencia en la información que se obtiene respecto a los OGM por parte de los productores y contribuye a disminuir el desequilibrio entre productores y consumidores que precisamente busca superar la legislación enunciada" (Corte Constitucional, 2015).

Así las cosas, al examinar el artículo 24 se advierte que éste, además de indicar qué ha de ser considerado información mínima, también menciona quién estará a cargo de su suministro. El productor está obligado a suministrar el manual de instrucciones de uso, conservación e instalación del producto; la cantidad, el peso o volumen; la fecha de vencimiento respecto de los productos perecederos; las especificaciones particulares del bien o servicio, la observancia de los reglamentos técnicos y de las obligaciones especiales asignadas por estos a ciertos productos. A su turno, el proveedor deberá informar acerca de las garantías y el precio, además de asegurarse de que estén disponibles los manuales, la información relativa a cantidad, peso o volumen y a la fecha de expiración, con antelación a la puesta en circulación.

Por último, el legislador estableció como únicas causales de exoneración de responsabilidad a favor del productor o el proveedor por el no suministro de la información mínima la necesaria acreditación de fuerza mayor, caso fortuito o que la información sea adulterada o suplantada sin que haya tenido la posibilidad de evitarlo.

c) *Otras disposiciones sobre información*. La Ley 1480 del 2011, como norma general de protección al consumidor, ha consagrado en el artículo 25 ciertas obligaciones de información para la comercialización de productos que sean nocivos para la salud, por su naturaleza o por sus componentes. En este caso se exige la indicación clara y perfectamente legible de los riesgos que dan lugar a la nocividad y las condiciones o indicaciones particulares de uso, así como las posibles contraindicaciones. Esta información deberá estar contenida en las etiquetas, los envases, empaques o en un anexo.

La fuerza vinculante de este precepto solo opera en ausencia de una norma especial, un reglamento técnico o medida sanitaria específica, habida cuenta de que son estos los instrumentos adecuados para reforzar la protección del consumidor con el fin de garantizar su integridad y seguridad.

A su vez, el artículo 26 establece una obligación especial a cargo del proveedor, consistente en informar visualmente el precio final de venta al público, incluidos todos los impuestos y costos adicionales de los productos, en pesos colombianos, a menos que se esté ante un caso especial excepcionalmente analizado por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Ahora bien: en aquellos casos en que haya lugar al pago de otras sumas dinerarias diferentes del precio, enunciando de manera no taxativa aquellas originadas por estudio de crédito, seguros, transporte, entre

otros, deberá ser informado adecuadamente, especificando el motivo y el valor de dichos cobros adicionales.

Además, prevé una solución, en aplicación del principio *in dubio pro consumatore*, a aquellos casos en que el productor haya enlistado dos precios diferentes o en su indicación haya tachaduras o enmendaduras que impidan tener claro el precio final. En estos casos el consumidor solo estará obligado al precio más bajo, sin perjuicio de que el productor pueda ser sancionado de conformidad con lo dispuesto en el Estatuto.

El artículo 27 hace referencia al derecho que tiene el consumidor a exigir del productor o proveedor una constancia de la operación de consumo. La factura de compraventa puede servir como constancia, aunque no es el único documento que cumple con este propósito; el documento puede ser físico o electrónico, puede ser utilizado para acreditar la transacción ante la exigibilidad de derechos devenidos de la operación de consumo, sin que puedan oponerse a la pretensiones, en dicho caso, por no presentar la constancia —siempre que el consumidor pueda acreditarla por cualquier otro medio probatorio.

d) *La información dirigida a niños, niñas y adolescentes*. Los niños, niñas y adolescentes pueden ser considerados consumidores de especial protección, dado su grado de vulnerabilidad y situación de desprotección. El artículo 28 del Estatuto del Consumidor, más que establecer reglas particulares sobre el suministro de información, le otorga al gobierno nacional facultades expresas para la reglamentación de los casos, el contenido y la forma en que deba ser presentada la información dirigida a este grupo poblacional, para lo cual establece como plazo un año desde su entrada en vigor, al mismo tiempo que hace un llamado a la necesaria observancia de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia[12]. Para dar cumplimiento a lo dispuesto por el legislador, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo expidió el Decreto 975 del 2014, cuyo análisis no será objeto de este estudio.

2. La publicidad comercial en el Estatuto del Consumidor

El legislador en materia de consumo ha definido qué ha de entenderse por *publicidad comercial* y qué por *publicidad engañosa*, para luego, en

[12] Ley 1098/2006, artículo 34. Derecho a la información. Sujeto a las restricciones necesarias para asegurar el respeto de sus derechos y el de los demás y para proteger la seguridad, la salud y la moral, los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a buscar, recibir y difundir información e ideas a través de los distintos medios de comunicación de que dispongan.

el título VI, establecer el régimen jurídico de la actividad publicitaria. La primera definición a la que haremos referencia es a la de publicidad comercial, correspondiente al numeral 12 del artículo 5.º, según la cual se trata de "Toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo". Posteriormente, el Estatuto del Consumidor, en el numeral 13 del artículo 5.º, definió la publicidad engañosa como "aquella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión".

En la definición de *publicidad comercial* se pueden identificar los dos elementos configuradores del anuncio publicitario: (1) elemento objetivo: constituido por el carácter informativo del anuncio, mediante el suministro de datos relativos al producto, sus características o aspectos cuantificables (Rozados Oliva, 2009, p. 26); su determinación corresponde a quienes participan en el proceso comunicativo —anunciantes, agencias y medios de publicidad—, debiendo éstos soportar el juicio de licitud respecto de su contenido y alcance[13]; y (2) elemento subjetivo: determinado por el carácter persuasivo del mensaje, lo que hace posible influir en la decisión de su receptor, mediante la transmisión de emociones, sentimientos o situaciones.

El carácter comercial de la publicidad deviene justamente de la presencia del elemento subjetivo, al perseguir un propósito persuasivo. Esta es la razón por la que tanto la jurisprudencia[14] como la doctrina le otorgan el carácter comercial, cuya ausencia se hace patente en otras formas de comunicación de ideas, tales como la propaganda institucional, en la que el emisor es un órgano público en desarrollo de sus funciones de policía, fomento o servicio público (Souvirón Morenilla, 1999)[15], o por sujetos privados en ejercicio de actividades no comerciales o sin

[13] Ibíd., p. 13.

[14] Al respecto, la Corte Constitucional ha expresado que "la publicidad es, ante todo, un mecanismo de transmisión de mensajes persuasivos, que buscan dirigir las preferencias de los ciudadanos hacia la adquisición de determinado bien o servicio. Esto implica que el mensaje publicitario, por definición, carezca de condiciones de imparcialidad o plena transparencia en la presentación de los datos sobre las propiedades del producto o servicio, puesto que toda actividad en este sentido estará enfocada en destacar las virtudes del bien ofrecido" (Corte Constitucional, 2011).

[15] Según el autor, cuando la publicidad "es realizada por órganos públicos se utiliza el término de publicidad institucional, entendiendo por tal la publicidad no gratuita promovida por el Estado o Administraciones públicas y contratada con los medios de comunicación social". La publicidad institucional se diferencia de la publicidad comercial en el carácter no comercial del mensaje y en el carácter no empresarial del anunciante (Souvirón Morenilla, 1999).

la intención de promoción de productos o servicios, como la propaganda política (Santaella, 2003).

A) *Fuerza vinculante de la publicidad comercial y su relación con la obligación de información*

La publicidad comercial es una práctica comercial amparada por las libertades económicas, que antecede al contrato de compraventa. El empresario acude a este instrumento para poner en conocimiento del destinatario la incorporación al mercado de una prestación que está disponible para su adquisición; el propósito perseguido no es otro que la captación y consolidación de la clientela, buscando el acercamiento al producto ofrecido, mediante anuncios creativos que resultan llamativos para el consumidor (Pérez Bustamante, 2004). Esto implica que el mensaje publicitario carece de condiciones de imparcialidad o plena transparencia sobre el producto o servicio, puesto que toda actividad estará enfocada en destacar las virtudes del bien ofrecido.

Contrario sensu, la información siempre es objetiva, no tiene margen de apreciación ni admite manipulación, exageración o disposición; siempre ha de ser verificable, veraz, suficiente, oportuna, clara, comprensible, precisa e idónea, de manera que le permita al consumidor conocer para luego decidir, libre y objetivamente, si adquiere el bien o servicio.

La publicidad comercial va más allá de la mera información, es un escenario complejo en el que suelen converger contenidos netamente sugestivos o persuasivos con otros de naturaleza informativa. La razón de dicha convergencia es que la publicidad, además de informar al público sobre las características y el precio de los productos, persigue un fin ulterior, cual es "persuadir al público para que compre los productos anunciados" (Fernández-Novoa, 1989, p. 58).

El propósito principal de la actividad publicitaria es persuadir, mientras que el de la información es favorecer el conocimiento del producto por el consumidor. Por tanto, el anunciante, interesado en incidir en el comportamiento del consumidor, se vale, para tal propósito, tanto de las propiedades y características del producto —contenido objetivo— como de las habilidades de seducción o convencimiento inherentes al anuncio publicitario —contenido subjetivo (Lema Devesa, 2007).

Esta es la razón por la que la información y la publicidad comercial se consolidan como dos formas diferenciadas de comunicación comercial, cuyo propósito no es semejable. Jaeckel destaca dos elementos que

facilitan la diferenciación: "por una parte está la obligación de [transmitir] información, frente a la libertad para difundir o no la publicidad; por otra, el contenido del mensaje, pues mientras la información está referida exclusivamente a elementos objetivos de los productos, la publicidad puede comunicar tanto aspectos objetivos, como valoraciones subjetivas, o simplemente no informar nada en absoluto" (Jaeckel Kovás, 2013, p. 275).

Ahora bien: el que en el anuncio publicitario converjan tanto elementos objetivos como elementos subjetivos no conlleva que la publicidad comercial deje de serlo para pasar a ser considerada información. A este escenario es al que se refiere el artículo 29 del Estatuto de Consumidor, al consagrar la vinculación obligatoria e inexcusable del anunciante a la información incorporada en un anuncio publicitario[16]. Si el anunciante se aparta del contenido objetivo, y con ello induce a error, en tanto desconoce condiciones jurídicas o económicas que gobernarían el futuro contrato de consumo, deberá responder por la afectación que por su conducta hubiere podido desencadenar.

Por lo anterior, el contenido informativo incorporado en el anuncio publicitario, más que meras tratativas preliminares, se constituye como obligación precontractual de la que es deudor el anunciante y acreedor el consumidor, y es exigible administrativa o judicialmente. Además, cuando el contrato de consumo se perfecciona, las obligaciones devenidas del componente informativo se amalgaman con las propias del negocio jurídico, como obligaciones contractuales, materializando el "efecto integrador de la publicidad" (Villalba Cuéllar, 2013).

B) *La prohibición de la publicidad engañosa*

La Ley 1480 del 2011 proscribe la publicidad engañosa, y endilga la responsabilidad de los perjuicios que el engaño pueda causar al anunciante y, solidariamente, al medio de comunicación por el que se difundió el anuncio, cuando de su comportamiento pueda predicarse culpa grave o dolo. Esta disposición, consagrada en el artículo 30, fue objeto de una acción de inconstitucionalidad parcial en la que se exponía que la extensión de la responsabilidad solidaria al medio de comunicación vulneraba el preámbulo y los artículos 3, 6, 20 y 78 de la Constitución Política.

[16] Ley 1880/2011, artículo 29: "Las condiciones objetivas y específicas anunciadas en la publicidad obligan al anunciante, en los términos de dicha publicidad".

La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-592 del 2012, declaró la exequibilidad de la expresión "El medio de comunicación será responsable solidariamente solo si se comprueba dolo o culpa grave", tras reiterar lo ya mencionado en otras decisiones anteriores sobre publicidad comercial, al considerar que se trata de un discurso comercial cuyo fin principal, más que promover la participación y deliberación democrática, es facilitar las transacciones económicas, legitimando la imposición de restricciones legales que sean proporcionales y razonables y que no vulneren los derechos fundamentales del agente de mercado, con el propósito de salvaguardar al consumidor (Corte Constitucional, 2010).

Tras dicha reiteración de los argumentos planteados en la sentencia C-830 del 2011, el tribunal insistió en que "las limitaciones a la publicidad comercial pueden ser particularmente intensas, por cuanto no están relacionadas directamente con restricciones a la libertad de pensamiento y de expresión consideradas fundamento de la democracia y del derecho a la participación política, sino como un mecanismo de difusión de las calidades y propiedades de los bienes y servicios ofrecidos a través de los medios de comunicación" (Corte Constitucional, 2012).

Una vez expuestas estas consideraciones, la Corte Constitucional realiza un test de proporcionalidad, tras lo cual concluye que la norma examinada se ajusta a los preceptos constitucionales, pues no impone una responsabilidad solidaria objetiva en cabeza de los medios de comunicación y del anunciante, expresando que

> [...] estos únicamente responderán en cuanto se demuestre su comportamiento doloso o gravemente culposo respecto de los perjuicios causados al consumidor y, como es lógico, al cabo de un proceso judicial o administrativo en el que, observando las reglas del artículo 29 superior, sean declarados jurídicamente responsables. [...] Recuerda la Sala que según el artículo 63 del código civil la culpa grave es la negligencia grave consistente en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios, mientras el dolo es la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro [Corte Constitucional, 2012].

Estas consideraciones de la Corte Constitucional se articulan con lo dispuesto en el Estatuto del Consumidor en el artículo 32, en el que se consagró una lista taxativa de las causales que podrían romper el nexo causal entre la conducta concurrencial del anunciante —y del medio de

comunicación por el que se difundió, siempre que haya habido culpa grave o dolo— y la consecuente afectación dañosa del destinatario por el contenido de la publicidad comercial.

En este sentido, la ruptura del nexo causal solo podrá ocurrir si el anunciante logra probar la existencia de una causa extraña, y deberá acreditar que el resultado dañoso no ha sido fruto de la actuación concurrencial del emisor, sino de un elemento ajeno a su ámbito de control que no se ha podido prever ni resistir, por lo que no puede ser responsable tal como lo sería la fuerza mayor o el caso fortuito o el hecho de un tercero (Velásquez Posada, 2013). Para ello, el anunciante tendrá a su cargo la carga de la prueba, en consonancia con la causal invocada (Giraldo López *et al*., 2012).

Por todo lo anterior, el artículo 30 de la Ley 1480 del 2011 mantiene su vigencia tal cual fue concebido por el legislador, habiendo soportado un examen de constitucional en el que se reitera la responsabilidad del anunciante que difunda anuncios engañosos, y puede extenderse solidariamente a los titulares de los canales de difusión que hayan sido empleados en la medida en que pueda acreditarse la existencia de dolo o culpa grave.

C) *Consideraciones generales sobre publicidad engañosa*

Es necesario mencionar algunas consideraciones generales sobre la publicidad engañosa, sin que sea nuestro propósito abordar las diferentes formas que puede revestir el engaño. En este sentido, es pertinente indicar que cualquier anuncio publicitario deberá soportar un juicio de licitud de su contenido, sin que sea relevante quién sea su destinatario o el canal que se utilice para su difusión; y es objeto de reproche cuando induzca o, al menos, tenga vocación para inducir a error respecto de las características, calidad, seguridad e idoneidad de los productos o servicios, o respecto de la capacidad y las aptitudes requeridas para su uso (Fernández, Herrera y Tato Plaza, 2010).

Establecer el engaño en un mensaje publicitario supone un necesario análisis de su conjunto y de sus características, desde la posición del consumidor medio —real o potencial— al que está dirigido, para definir así su posible afectación. Debe descartarse del ámbito de reproche la exageración publicitaria —como característica propia de la publicidad—, lícita en la medida en que el destinatario pueda advertir que se trata de una mera forma publicitaria, se descarta así la posibilidad de verse inducido a error y modificar su comportamiento económico.

Ahora bien: el origen del engaño no necesariamente pueden llegar a ser afirmaciones falsas, confusas o insuficientes, pues también ocultar información y omitir su entrega puede desencadenar una alteración en el juicio de adquisición del consumidor con ocasión del desconocimiento de la información ofrecida, más cuando esta no puede deducirse del contexto publicitario, al no ser notoria o evidente.

En la determinación del engaño por omisión cobra relevancia el análisis de su contenido y las limitaciones del canal de difusión utilizado; el anunciante debe tener en cuenta dichas circunstancias espaciales y temporales, naturales de los medios de comunicación, como la televisión y la radio, y tomar las medidas necesarias para evitar la concreción de una situación reprochable al momento de la transmisión publicitaria.

D) *La publicidad de productos nocivos*

El artículo 31 de la Ley 1480 del 2011 impone una carga a los anunciantes de productos que sean potencialmente nocivos para la salud, en razón de su propia naturaleza o de los componentes que lo integran. En este sentido, el anunciante deberá informar adecuadamente, con suficiencia y claridad, respecto de la nocividad, mencionando, en aquellos casos en que sea procedente, la necesidad de consultar las condiciones e indicaciones que un consumidor deber seguir para el correcto uso del producto.

El legislador también deja en libertad del gobierno nacional la adopción de normas que regulen de manera específica la promoción de los productos nocivos. Además, reconociendo el carácter general del Estatuto, advierte de la presencia en el ordenamiento jurídico de otras normas especiales que han prohibido la publicidad de productos perjudiciales para la salud, cuya fuerza vinculante se mantiene aun a pesar de lo preceptuado en el artículo 31.

Al respecto, han sido varias las sentencias en las que la Corte Constitucional ha tenido que abordar la legitimidad de las normas que imponen restricciones a las libertades de los agentes del mercado para la publicitación de ciertos productos. La sentencia C-830 del 2010, en la que se discutió la exequibilidad del artículo 14 de la Ley 1335 del 2009, conocida como "Ley Antitabaco", que fija una prohibición a la promoción comercial del tabaco y productos asociados, abordó, de manera exhaustiva, el fundamento constitucional de dichas restricciones.

La Corte indicó que "si la ley que regula la publicidad comercial no vulnera claramente la carta fundamental ni establece regulaciones

manifiestamente irrazonables o discriminatorias, debe ser considerada constitucional, por cuanto hay cláusulas generales que autorizan la intervención estatal en la economía y en la información de mercado" (Corte Constitucional, 2010).

La graduación de las limitaciones que puede imponer el legislador está en consonancia con el fin perseguido con dicha limitación, y puede incluso prohibirse la promoción de ciertos productos cuya comercialización sea lícita, si con ello se impacta en el consumo, como mecanismo de prevención, dados los riesgos sociales que supone o el peligro verificable hacia terceros. Al respecto, la Corte expuso que "no se opone *prima facie* al ordenamiento constitucional que el legislador disponga reglas que busquen la conformación de un mercado pasivo, esto es, la existencia de correlativa de la autorización para la producción y comercialización de determinado bien o servicio y la fijación de políticas destinadas a desincentivar su consumo" (Corte Constitucional, 2010).

Así pues, el oferente de bienes y servicios que puedan llegar a ser considerados nocivos para la salud debe verificar la posible existencia de normas especiales que deban ser tenidas en cuenta durante la ideación, creación, realización y difusión del anuncio publicitario, y observar a cabalidad los requisitos especiales impuestos. En ausencia de norma especial, el anunciante deberá atender, en todo caso, las cargas impuestas por el artículo 31 de la Ley 1480 del 2011.

Conclusiones

Información y publicidad comercial ocupan dos orillas en las relaciones de consumo, dos orillas que acompañan las negociaciones entre oferente y destinatario, ambientando su interacción desde la salida al mercado del producto ofrecido hasta la concreción misma del contrato de consumo.

En esta constante interacción, la publicidad comercial acerca el producto al consumidor, lo invita a conocerlo, permite en su configuración la coexistencia de elementos sugestivos e informativos, para exaltar al producto —los primeros— y dar cuenta de sus características y elementos —los segundos.

Justamente es su configuración particular la que justifica un tratamiento diferenciado de dichas instituciones, justificando también la existencia de dos títulos dentro del Estatuto del Consumidor que establecen las reglas particulares y concretas que deben observarse y

que resultan útiles para comprender el alcance de dichos conceptos, sus implicaciones jurídicas y las consecuencias devenidas por la transgresión de sus preceptos, perversas para la libre competencia.

BIBLIOGRAFÍA

Baraona González, J. (2014). La regulación contenida en la ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas en el código civil y comercial sobre contratos: Un marco comparativo. *Revista Chilena de Derecho*, 41 (2), 27.

Chamie, J. F. (2013). Principios, deberes y derechos en el derecho colombiano de protección al consumidor. *Revista de Derecho Privado*, 24, 17.

Correa, M. (2013). El estatuto del consumidor: Aspectos generales sobre la naturaleza, ámbitos de aplicación y carácter de sus normas. En C. L. Valderrama (ed.), *Perspectivas del derecho del consumo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

De la Maza Gazmuri, I. (2010). *Los límites del deber precontractual de información*. Cizur Menor (Navarra): Cívicas Thomson Reuters.

Fernández, P., Herrera, C. y Tato Plaza, A. (2010). *La reforma de la ley de competencia desleal* (1ª ed.). Las Rozas-Madrid: La Ley.

Fernández-Novoa, C. (1989). La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias: Introducción al estudio de los principios generales de la publicidad. En *Estudios de derecho de la publicidad*. Santiago: Universidad de Santiago de Compostela.

Giraldo López, A., Caycedo Espinel, C. G. y Madriñán Rivera, R. E. (2012). *Comentarios al nuevo estatuto del consumidor: Ley 1480 de 2011*: Bogotá: Legis, 2012.

Jaeckel Kovás, J. (2013). Publicidad engañosa. En C. L. Valderrama (ed.), *Perspectivas del derecho del consumo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Lasarte Álvarez, C. (2014). *Manual sobre protección de consumidores y usuarios* (6 ed.). Madrid: Dykinson.

Lema Devesa, C. (2007). La promoción como necesidad comercial del empresario: La información al público y la publicidad. En *Problemas jurídicos de la publicidad*. Madrid: Marcial Pons.

Martínez-Salcedo, J. C. (2016). Derecho comunitario europeo sobre la publicidad y su transposición al ordenamiento jurídico español. *Opinión Jurídica*, 15 (29), 21.

Morgestein Sánchez, W. I. (2015). El concepto de información en el estatuto del consumidor colombiano. Un estudio jurídico de la institución en la ley 1480 de 2011. *Estudios Socio-jurídicos*, 17 (1), 22.

Pérez Bustamante, L. (2004). *Derechos del consumidor*. Ciudad de Buenos Aires: Astrea.

Rapossi, S. (2013). La responsabilidad de las entidades financieras la luz de la ley de defensa del consumidor en la república argentina. En C. Hernández & S. Ortega (eds.), *La responsabilidad civil* (vol. 19). Bogotá: Universidad Libre de Colombia.

Rozados Oliva, M. J. (2009). *Derecho administrativo de la publicidad*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Salgado Ramírez, C. (2013). Consideraciones sobre el deber precontractual de información y su particularidad en la relación de consumo. En C. L. Valderrama Rojas (ed.), *Perspectivas del derecho del consumo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Santaella, M. (2003). *Derecho de la publicidad*. Madrid: Civitas.

Souvirón Morenilla, J. M. (1999). *Derecho público de los medios audiovisuales: Radiodifusión y televisión* (1ª ed.). Granada: Comares.

Valderrama Rojas, C. L. (3013). De las garantías: una obligación del productor y el proveedor. En C. L. Valderrama Rojas (ed.), *Perspectivas del derecho del consumo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Velásquez Posada, O. (2013). *Responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá: Temis-Universidad de La Sabana.

Villalba Cuéllar, J. C. (2012). Análisis de la ley 1480 de 2011, que reforma el estatuto de protección del consumidor en colombia. *Principia Iuris*, 17, 30.

Villalba Cuéllar, J. C. (2013). La publicidad engañosa en el derecho del consumo. Examen normativo a propósito de la reforma al estatuto del consumidor colombiano. En J. M. Cual Acosta & J. C. Villalba Cuéllar (eds.), *Derecho del consumo. Problemas actuales* (pp. 780). Bogotá: Ibáñez-Universidad Santo Tomás.

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1141 del 2000.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-830 del 2010.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-592 del 2012.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-583 del 2015.

Otros

Constitución Política de Colombia (1991).

Capítulo III

La publicidad y los contratos con el consumidor[*]

Fernando Peña Bennett[**]

Introducción

En la actualidad el derecho de consumo es una categoría del ordenamiento que ha ganado importancia dentro de nuestro sistema jurídico, hasta el punto de cuestionar, por su interpretación y aplicación, algunas instituciones jurídicas del régimen general del derecho civil y comercial. La protección de un sujeto especial calificado de derechos[1] y la aplicación de disposiciones que tienen dentro de sus objetivos equilibrar las asimetrías que se presentan en las relaciones de mercado[2]

[*] Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2017.162.

[**] Abogado egresado de la Universidad Externado de Colombia, máster en Derecho por la Empresa de la Universidad de Bologna (Italia). En la actualidad es abogado de la firma Lizarazu, Sossa & Peña Abogados, en las áreas de Derecho Empresarial. Profesor de Contratos y Derecho de Consumo de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Correo electrónico: fpenabennett@lizarazuasociados.com.

[1] A pesar de que en la siguiente cita se hace alusión al anterior Estatuto de Protección del Consumidor, ella muestra el fin que se pretende dar a las disposiciones que regulan la materia: "Al respecto, lo primero es advertir que *el fin último* que persiguen todas y cada una de las disposiciones del Decreto 3466 de 1982 *es la defensa efectiva de los derechos de los consumidores, adecuándolo a lo que alude la Constitución Política* en el artículo 78 cuando dice: 'Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad, y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios'" (énfasis agregado) (Superintendencia de Industria y Comercio, 2014, Resolución 34440) .

[2] "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" (Corte Constitucional, 2000, sentencia C-1141).

En este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia ha dicho: "[P]or supuesto que la profesionalidad del productor, que lo hace experto en las materias técnicas y científicas

han generado dudas en el alcance de las normas consagradas en la Ley 1480. En ese sentido, como ejercicio académico se pretende analizar si la protección contractual a los consumidores abarca aquellos escenarios en los que se configura un incumplimiento contractual, derivado de publicidad engañosa, y en tal caso, cuál sería el real alcance en la práctica de la acción de protección al consumidor en estos casos.

Para ello, se analizará (1) la publicidad como una práctica comercial válida en el mercado y como parte de un contrato, (2) si el incumplimiento de algunas condiciones objetivas y específicas de la publicidad puede entenderse como un incumplimiento contractual en estricto sentido y (3) cuáles serían las acciones y pretensiones pertinentes que deberían iniciar los consumidores afectados.

1. La publicidad como práctica comercial de mercado

Dentro del contexto de la sociedad de la información[3], la presencia cotidiana de los contenidos publicitarios hace parte fundamental de la realidad del mercado que afrontan los consumidores. Por otro lado, los empresarios emplean los contenidos publicitarios como una herramienta válida de participación en el mercado, la cual tendrá, lógicamente, límites relacionados con el mercado mismo como bien jurídico protegido, con los derechos de sus empresarios competidores y con los derechos de los consumidores.

---

en torno de las cuales realiza su labor, su sólida capacidad económica, su vocación para contratar masivamente, las modalidades de contratación a las que acude, entre muchas otras peculiaridades, lo sitúan en un plano de innegable ventaja negocial que reclama la intervención de legisladores y jueces con miras a restablecer el equilibrio perdido" (Corte Suprema de Justicia, 2009, sentencia del 30 de abril, exp. 25899 3193 992 1999 00629 01).

[3] El concepto de "la sociedad de la información" es sinónimo de "nuevas tecnologías de la información y la comunicación (NCTI)". Disponible en http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/information_society_es.htm (Superintendencia de Industria y Comercio, 2015, radicación 15-114022-2-0).

También, "El término «sociedad de la información» describe una sociedad en la que un grado significativo de actividad se centra en la creación, distribución, utilización y reutilización de la información. Esta actividad se lleva a cabo mediante lo que se conocen como tecnologías de la información y la comunicación (TIC). La utilización de las TIC, el crecimiento de internet y la liberalización de los mercados de las telecomunicaciones han revolucionado las vidas cotidianas". Recuperado de http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/information_society.html?locale=es.

Sin entrar a discutir si dentro de un esquema de mercado como el que tenemos es conveniente o no contar con controles reguladores laxos o estrictos en materia de publicidad, lo cierto es que nuestro ordenamiento cuenta con disposiciones especiales y generales sobre el tema[4], con base en las cuales los diferentes organismos de control pertinentes generan sanciones por la inobservancia de ellas[5], que bien pueden ocasionar un efecto favorable e indirecto a los consumidores por el impacto derivado dentro de los empresarios.

En ese entorno, las sanciones administrativas impuestas por autoridades de control protegen el interés general y colectivo de los consumidores, pero no implican de suyo una compensación directa para aquellos consumidores que hubiesen visto defraudados sus legítimos intereses frente a una publicidad considerada engañosa.

En tales casos, en la Ley 1480 del 2011 se consagra la acción jurisdiccional de protección al consumidor, con base en la cual el consumidor afectado por hechos derivados de la publicidad engañosa podrá elevar pretensiones encaminadas a lograr una "reparación-compensación" a su interés defraudado[6].

Ahora bien: el impacto de la publicidad en el mercado también ha sido mencionado por la Corte Constitucional, la cual ha manifestado que debe entenderse como "un mecanismo de transmisión de mensajes persuasivos, que buscan dirigir las preferencias de los ciudadanos hacia la adquisición de determinado bien o servicio" (Corte Constitucional de Colombia, 2010, sentencia C-830). Precisamente por lo anterior, hoy en día este mecanismo se ha convertido en el medio comercial más recurrido por los oferentes para la efectiva promoción de sus productos, cautivando al consumidor mediante imágenes y mensajes elocuentes que claramente despiertan casi de manera inmediata el interés de este último.

Esta realidad que cobija nuestro entorno reitera que la publicidad es una práctica comercial repetida dentro del mercado, gracias al éxito y la acogida que ha tenido en los consumidores. En efecto, la información

[4] Ley 1480 del 2011, título VI, capítulo único, artículos 29-33.

[5] La Superintendencia de Industria y Comercio ha sancionado a sociedades como Avesco y Kokomonroper mediante la Resolución 24039 del 2015, Genoma Lab Colombia Ltda. por medio de la Resolución 34440 del 2014, Panamericana Librería y Papelería S. A. en la Resolución 16873 del 2015.

[6] De la redacción del artículo 56 de la Ley 1480 del 2011 no es claro el tipo de pretensiones que puede elevar el consumidor en estos casos.

suministrada mediante la publicidad sirve para que el consumidor base su elección, ya que "los datos contenidos en ella [son] la única noticia que tienen los consumidores sobre el producto" (Superintendencia de Industria y Comercio, 2014, Resolución 60188), y crean legítimas expectativas en estos últimos.

En este sentido, resulta correcto afirmar que el éxito de ventas de un producto determinado es directamente proporcional a la información emitida al público mediante diferentes canales publicitarios. También encontramos que en la actualidad la adquisición de bienes y servicios por medios virtuales se está consolidando como un mercado que gana cada vez más participación, en el que las partes de la relación de consumo se conocen a través de la información y publicidad insertada en los respectivos portales. En otras palabras, la publicidad constituye una práctica comercial ineludible para poder difundir de manera precisa y contundente los productos en el mercado. Inclusive, "la publicidad comercial [...] podría mostrarse como necesaria, en el marco de las transacciones económicas de los mercados contemporáneos" (Corte Constitucional de Colombia, 2010, sentencia C-830). De modo que "*[E]n los tiempos actuales, en donde prima el intercambio comercial y el permanente flujo de información que incentiva la adquisición de bienes y servicios*, el ejercicio de la publicidad interesa en grado sumo al orden jurídico" (Corte Constitucional de Colombia, 2010, sentencia C-830) (énfasis agregado).

A) *Fuerza vinculante de la publicidad*

Una de las novedades interesantes que se han resaltado del nuevo Estatuto del Consumidor es la precisión que hace la norma de los conceptos de *información* y *publicidad* y el carácter vinculante de ellos frente a los consumidores. En efecto, el antiguo Decreto 3466 de 1982, tanto en sus definiciones como en su parte sustantiva, no precisaba estos conceptos y, por el contrario, parecería que estos se mezclaban bajo el término "información comercial", del artículo 14[7].

[7] "Artículo 14. Marcas, leyendas y propagandas: Toda información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios que se ofrezcan al público deberá ser veraz y suficiente. Están prohibidas, por lo tanto, las marcas, las leyendas y la propaganda comercial que no corresponda a la realidad, así como las que induzcan o puedan inducir a error respecto de la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las características, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad de los bienes o servicios ofrecidos.

Así pues, en virtud del artículo 29 de la Ley 1480 del 2011[8], la información suministrada al público en la publicidad vincula al anunciante en dichos términos. Lo anterior adquiere suma importancia si se tiene en cuenta la incidencia que consigue la publicidad en la formación del consentimiento del consumidor a la hora de adquirir un producto o servicio, situación que se analizará más adelante.

Claramente, lo ofrecido mediante anuncios publicitarios tiene que coincidir con la adquisición final del producto, dado que en caso contrario se estaría ante un mensaje potencialmente engañoso. Frente a lo anterior, los conceptos resoluciones y sentencias de la Superintendencia de Industria y Comercio se han encargado de distinguir mediante dos grupos los elementos que componen una publicidad, catalogándolos bajo los supuestos de objetivo y subjetivo. En cuanto al primer elemento, ha dicho la entidad que estos "deben cumplir con los parámetros constitutivos de una información, clara, veraz, suficiente, y ante todo verificable, ya que su inobservancia la ubicaría en la esfera de publicidad engañosa" (Superintendencia de Industria y Comercio, 2014, Resolución 40923). Mientras que el elemento subjetivo no requiere ser verificable, puesto que únicamente "refleja [...] la opinión del anunciante respecto del producto o servicio que se ofrece al público" (Superintendencia de Industria y Comercio, 2012, Resolución 43142). Por lo mismo, ha entendido la Superintendencia de Industria y Comercio que "para determinar si la información es engañosa o no, únicamente se deben tener en cuenta los primeros, es decir, los elementos objetivos" (Superintendencia de Industria y Comercio, 2014, 40923).

Ahora bien: la fuerza vinculante de la publicidad, además de obligar al anunciante en los términos antes mencionados, también ha de entenderse como un vehículo de información precontractual (Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, D. C., 2011, sentencia de primera instancia, proceso ordinario n.º 0560-2009), dado que las precisiones

---

"Tratándose de productos (bienes o servicios) cuya calidad e idoneidad hayan sido registradas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3.º a 7.º del presente decreto, o que estén sometidos a registro o licencia legalmente obligatorios, o cuyas condiciones de calidad e idoneidad se deriven de la oficialización de una norma técnica, aunque no haya habido registro, las marcas o leyendas que se exhiban en dichos productos, al igual que toda propaganda que se haga de ellos, deberá corresponder íntegramente a lo registrado o contenido en la licencia o a las condiciones de calidad e idoneidad derivadas de la norma técnica oficializada, según el caso."

[8] "Artículo 29. Fuerza vinculante. Las condiciones objetivas y específicas anunciadas en la publicidad obligan al anunciante, en los términos de dicha publicidad."

que hace el oferente, en este caso el expendedor o proveedor del servicio o producto, a través de esta práctica comercial, resultan vinculantes para el anunciante, en esencia, "por el grado de confianza que [estas] generan" (Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, D. C., 2011, sentencia de primera instancia, proceso ordinario n.° 0560-2009). En otras palabras, dichas condiciones objetivas y verificables enunciadas por la parte en superioridad contractual[9] deben coincidir con la realidad, precisamente porque obligan bajo los propios términos al que las promueve. Lo anterior se encuentra íntimamente ligado a la formación del consentimiento del consumidor, toda vez que dicha información precontractual se presenta como el primer acercamiento que tiene el futuro comprador con el producto o servicio ofrecido y, por lo mismo, incide enormemente en una posible aceptación, valiéndose de dichas promesas objetivas bajo las cuales se debe comprometer el oferente, ya que en caso contrario se estaría violando la confianza del consumidor junto con la buena fe que prima dentro de estas relaciones de consumo.

2. Los procesos de formación contractual y la publicidad

En los procesos de formación contractual en las relaciones de consumo hay casos en los cuales la información mediante la publicidad previa que se le brinda al consumidor no es necesariamente determinante para formar el consentimiento de este último al celebrar la relación contractual. Lo anterior, dado que el producto o servicio que ofrece el mercado por sí mismo le garantiza al consumidor parámetros de calidad e idoneidad y a la vez cumple con las expectativas de este.

No obstante, también hay contratos que, ante la ausencia de solemnidades específicas, se pueden perfeccionar con el simple acuerdo de las partes (consumidor y expendedor). En los cuales, con la presencia masiva anterior en la etapa precontractual de publicidad o de información o sin ella, el consumidor acepta explícitamente unas condiciones impuestas por el productor o por el proveedor, y así decide celebrar la relación de consumo.

[9] "La regulación de la publicidad comercial constituye uno de los mecanismos mediante los cuales el ordenamiento jurídico colombiano se ocupa de enfrentar los problemas de asimetría de información presentes, usualmente, en las relaciones de consumo. En efecto, tal tipo de vínculos se encuentra caracterizado, en general, por el hecho consistente en que uno de los sujetos cuenta con especiales conocimientos acerca de las prestaciones objeto de contratación al paso que su contraparte, en una medida importante, carece de ellos" (Corte Constitucional de Colombia, 2012, sentencia C-592).

Por otro lado, hay un tercer escenario, en el cual ante la ausencia de solemnidades específicas en el proceso de formación del contrato[10], el consumidor celebra su relación de consumo con base en la información contenida en el producto, en el servicio o en la información que el productor le ha dado a través de la publicidad, y es precisamente en esas circunstancias como mucha o gran parte de esa información que el productor le da al consumidor directamente o a través del proveedor no queda incluida dentro de las cláusulas contractuales, caso en el cual se celebra un contrato cuyo contenido no tiene la totalidad de la información recibida.

En el mercado encontramos casos concretos tales como: (1) los contratos de los cursos de idiomas, (2) ventas de material didáctico, (3) los contratos de tiempo compartido y las expectativas que se generan alrededor de ellos y (4) los contratos de adquisición de vivienda del orden de casas o apartamentos, o proyectos inmobiliarios, cuando las constructoras ofrecen una cantidad de servicios y bienes adicionales al inmueble, o en general, todas aquellas relaciones de consumo donde el anunciante involucra información diversa a la del objeto del contrato mismo.

Pues bien, en este tipo de situaciones consideramos que la defensa del consumidor estaría sustentada por tres recursos diferentes: el primero, mediante la acción de protección al consumidor consagrada en la Ley 1480 del 2011, bajo la óptica de una publicidad engañosa, en el sentido de que las condiciones objetivas y específicas de la publicidad obligan al productor y al anunciante; el segundo se presenta en el campo de un posible incumplimiento contractual del productor o proveedor frente al consumidor, el cual tendría cabida en un proceso declarativo; y el tercero se despliega acudiendo a la Superintendencia de Industria y Comercio en sede jurisdiccional en ejercicio de la acción de protección al consumidor, pero solicitando una reparación derivada de los daños ocasionados por un incumplimiento contractual, ante la inobservancia de las condiciones publicitarias que, si bien ofrecidas, no hacen parte del contrato celebrado por el consumidor. En este caso, de ser admitida la demanda, el juez de conocimiento, con el fin de proteger la parte débil de la relación de consumo, deberá integrar al cuerpo contractual todas las condiciones objetivas y verificables que formaban parte de

[10] También teniendo en cuenta que por la complejidad de la relación de consumo es necesario que los contratos sean por lo menos escritos, es decir, cumplir con alguna de las solemnidades establecidas para ello.

la publicidad o de la información previa que se otorgó al consumidor antes de celebrar el contrato.

A) *Tres tópicos de acción*

Dicho esto, a la luz de la primera perspectiva, tendríamos que analizar si dentro de las pretensiones de una eventual demanda al productor o al anunciante se pudiera incluir el cumplimiento de esas condiciones externas objetivas anunciadas, y para ello tendríamos que revisar si las facultades que tiene la Superintendencia de Industria y Comercio en sede jurisdiccional de protección al consumidor le darían la posibilidad de cubrir esas expectativas, porque este primer escenario nos lleva a pensar que esas condiciones no quedaron incluidas dentro del contrato.

Por otro lado, en lo que respecta al segundo escenario, ese incumplimiento contractual, en primera medida, estaría regido única y exclusivamente por el análisis del contenido de las cláusulas del contrato, y en ese punto encontraríamos que en estas no se encuentran incluidas las condiciones anunciadas al consumidor a manera de publicidad. En este escenario, no sería posible hacer exigible al productor o proveedor unas condiciones contractuales que no quedaron plenamente pactadas en la convención. Por lo tanto, al igual que en el punto inmediatamente anterior, tendríamos que revisar si las facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio en sede de una acción de protección al consumidor pudieran ordenar el cumplimiento de unas condiciones externas al contenido mismo del contrato, por medio de una decisión jurisdiccional.

Por último, y retomando lo expuesto en líneas pasadas, resulta imperioso cuestionarse, entonces, si es posible que la Superintendencia en sede jurisdiccional pueda integrar el contrato. En otras palabras, incluir dentro del cuerpo contractual aquellas condiciones que hacían parte de la información y de la publicidad, y que no quedaron incluidas dentro del texto de éste, pero que dieron lugar a que se formara el consentimiento del consumidor para celebrar la relación contractual, o a la causa que motivó la relación de consumo. De ser así, y de encontrar antecedentes en el punto específico, la Superintendencia de Industria y Comercio tendría la posibilidad de abarcar situaciones de mercado en favor del consumidor protegiendo este tipo de circunstancias.

Sobre este tema, citamos a la Corte Suprema de Justicia de Colombia cuando señaló:

> De otro lado[,] se hace necesario puntualizar que la "responsabilidad" proveniente de la "publicidad engañosa", sobre los bienes o

> servicios cuya comercialización se pretenda, *debe examinarse en varios momentos, atendiendo los avances que con ella se alcancen en la actividad negocial proyectada y en consideración a los efectos producidos en los estadios que se presentan en su desarrollo*.
>
> En la etapa de los "tratos preliminares" la controversia se ubica en el ámbito de la "responsabilidad civil precontractual" o "extracontractual" dado que para ese instante no existe, o falta la celebración del "convenio o acuerdo" entre los sujetos con interés o a favor de quien se hace la "propaganda" y quienes como "consumidores" resultan incentivados con la misma para la adquisición de lo ofrecido [...] si se ha celebrado el negocio jurídico genera "acción contractual" y además los efectos de la pluricitada "conducta ilegal", *podrían manifestarse hasta el punto de viciar el consentimiento por "error o dolo"* [...] *lo cual habilita como mecanismo adicional de protección al "consumidor", la impugnación de la validez del "contrato"* [Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, 2011, sentencia del 1.º de noviembre] [énfasis agregado].

Ahora bien: una vez consideradas las anteriores opciones de defensa, si se llegase a concluir mediante fallo judicial que la Superintendencia de Industria y Comercio no tiene facultades para ordenar el cumplimiento de circunstancias o condiciones puntualizas que no hacen parte objetiva del contrato firmado o convenido por el consumidor, la protección frente a estas situaciones específicas de mercado carecería de amparo, y se configuraría un vacío legal que la Ley 1480 del 2011 no contiene dentro de sus mandatos.

En ese orden de ideas, tal vez la alternativa residual de defensa en favor de los derechos de los consumidores en las circunstancias descritas en este texto tendría que analizarse a la luz de la jurisdicción ordinaria. Así pues, el consumidor que logre demostrar en materia jurisdiccional que gracias a una información o una publicidad objetiva optó por celebrar un contrato determinado podría a través de esta jurisdicción, mediante un proceso declarativo (más específicamente): (1) alegar un incumplimiento contractual o (2) solicitar la responsabilidad precontractual del productor. Así, el juez tendría que analizar si dichas condiciones objetivas integran el contrato, y en tal medida debería declarar un incumplimiento contractual al consumidor y ordenar una indemnización o un resarcimiento por los daños o perjuicios ocasionados en virtud de dicha culpa. Sin embargo, es claro que la defensa del consumidor a través de un proceso ordinario resulta ser un proceso mucho más engorroso y desgastante en términos de tiempo,

a diferencia de lo que sería ante la Superintendencia de Industria y Comercio en sede jurisdiccional.

B) *La publicidad y la oferta en el proceso de formación del contrato con los consumidores*

Ahora bien: tal y como lo ha soportado la jurisprudencia nacional en múltiples providencias, a la luz de la teoría general de los contratos "la formación del contrato depende del concurso entre una oferta y su aceptación" (Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, D. C., 2011, sentencia de primera instancia, proceso ordinario n.º 0560-2009). En este sentido, para que la oferta tenga una eficacia vinculante, inicialmente "debe estar dirigida a una persona determinada y [debe] contener los elementos esenciales del negocio" (Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, D. C., 2011, sentencia de primera instancia, proceso ordinario n.º 0560-2009).

Precisamente por lo anterior, tendríamos que la publicidad, al constituirse como una propuesta dirigida a un público indeterminado, es decir, sin mediar nombre propio o referencia personal, no podría ser considerada oferta. Sin embargo, "a raíz de la importancia que ha tomado el deber de información en la actualidad, la tendencia es que ese dilema entre oferta de contrato y la invitación a ofrecer se desvanezca, todo con el fin de dotar de eficacia contractual tanto a la oferta de contrato al público como a la publicidad informativa" (Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, D. C., 2011, sentencia de primera instancia, proceso ordinario n.º 0560-2009).

Lo anterior adquiere relevancia si se tiene en cuenta que la información ofrecida al público mediante mensajes publicitarios se considera un "elemento crítico para el juicio de adecuación de las opciones de consumo" (Corte Constitucional de Colombia, 2010, sentencia C-830). Este acto jurídico unilateral, mediante el cual se proyecta un posible negocio jurídico asimétrico[11] a favor de dos contratantes (expendedor y consumidor), debe cumplir con los requisitos propios de la información reglamentados por la Ley 1480 del 2011 en su artículo 23, en tanto que, al ser considerada deber precontractual, incide "en la expresión del consentimiento para el perfeccionamiento de múltiples negocios jurídicos" (Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, D. C., 2011,

[11] Asimétrico en el sentido de que las relaciones de consumo normalmente se encuentran desequilibradas por la presencia de un poder contractual superior frente al otro, en este caso el del expendedor-proveedor frente al consumidor.

sentencia de primera instancia, proceso ordinario n.º 0560-2009), tales como los que disciplinan las relaciones de consumo. De hecho, la Constitución Política de 1991 se encargó de proteger y velar por el efectivo cumplimiento de este deber precontractual, aduciendo lo siguiente: "La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como *la información que debe suministrarse al público en su comercialización*" (Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 78) (énfasis agregado).

En efecto, la información contenida dentro de una publicidad ofrecida al público, en razón de la relación asimétrica que media las relaciones de consumo, constituye un deber trascendental y por lo mismo el oferente debe "informar todo aquello que contribuya a fortalecer el consentimiento" (Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, D. C., 2011, sentencia de primera instancia, proceso ordinario n.º 0560-2009) del consumidor.

Sobre este punto ha habido aproximaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, respecto al rol que desempeña la publicidad en la formación del negocio jurídico. Ejemplo de esto se encuentra en la Resolución 40923 del 2014, donde tuvo la oportunidad de señalar que

> [...] *el negocio como tal inicia con una oferta del eventual vendedor de un bien futuro a través de un medio publicitario, y una manifestación del interés del eventual comprador de dicho bien*. A medida que el proyecto se va concretando o materializando, así mismo lo va haciendo la relación entre el comprador y vendedor [...] [Superintendencia de Industria y Comercio, 2014, Resolución 40923] [énfasis agregado].

Y, por consiguiente,

> [...] Debe haber correspondencia y proporcionalidad con lo anunciado publicitariamente [...], y lo efectivamente contratado y entregado [...], es decir, presentar hechos que desdibujen lo anunciado con la realidad, ya de ser así induciría a error o engaño a los consumidores sobre los bienes o servicios que se ofrecen en el mercado debe ser clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible precisa e idónea y que la publicidad que de estos se haga, al incluir condiciones objetivas, *está en capacidad de cumplir la promesa que motivo la decisión de compra* [Superintendencia de Industria y Comercio, 2014, Resolución 40923] [énfasis agregado].

Es importante aclarar que este pronunciamiento de la Superintendencia de Industria y Comercio, en el cual se relaciona la publicidad como

elemento sustancial en la formación del consentimiento contractual con los consumidores, se da dentro de la órbita de una investigación administrativa por publicidad engañosa, y no dentro de una decisión en virtud de acción jurisdiccional de protección al consumidor.

3. La publicidad como parte del contrato con los consumidores por el efecto integrador de estos

Ya en este punto, es preciso revisar que si bien la Ley 1480 del 2011 no crea para nuestro ordenamiento la categoría especial e independiente de contratos con el consumidor, como sí ocurre en otras legislaciones, los preceptos normativos introducidos reflejan la intención del legislador de generar una protección especial, en virtud de la asimetría contractual, para aquellas relaciones contractuales en las cuales uno de los extremos tenga la calidad de consumidor en los términos del artículo 5.º de la misma ley.

Siguiendo con la tesis expuesta en numerales anteriores, es evidente la importancia que adquiere la publicidad en el contrato de consumo. Recordamos, entonces, que "la formación del contrato depende del concurso entre una oferta y su aceptación" (Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, D. C., 2011, sentencia de primera instancia, proceso ordinario n.º 0560-2009). Así pues, ya ha quedado demostrado que la información contenida en la publicidad incide de manera cierta e irrefutable en la formación del consentimiento del consumidor, lo cual lo lleva a su consecuente aceptación. En esta medida, es totalmente lógico afirmar que la publicidad constituye una parte esencial del contrato, ya que la doctrina y la jurisprudencia nacionales e internacionales así lo han avalado de manera directa o sujeta a interpretación favorable.

Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia ha señalado: "De otro lado[,] se hace necesario puntualizar que la 'responsabilidad' proveniente de la 'publicidad engañosa', sobre los bienes o servicios cuya comercialización se pretenda, *debe examinarse en varios momentos, atendiendo los avances que con ella se alcancen en la actividad negocial proyectada y en consideración a los efectos producidos en los estadios que se presentan en su desarrollo*" (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, 2011, sentencia del 1.º de noviembre) (énfasis agregado).

En sentido similar, el Tribunal Superior de Distrito Judicial señaló:

> [...] Si bien en el sentido clásico del contrato como acuerdo de voluntades concurrentes, no puede predicarse su existencia entre la

> agencia mayorista y el usuario, también lo es que no se discute la presencia de relación previa entre estos generadora de obligaciones recíprocas [...] y deberes complementarios derivada de la función que aquella cumplió relacionada con la elaboración, *publicidad* y ejecución del "paquete turístico" [...] *Precedente que, además de establecer vínculo entre aquellos que permite ubicarla en el campo de la denominada contractual* [Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, 2012, 16 de marzo] [énfasis agregado].

Así pues, es "responsabilidad que deviene contractual por razón del vínculo preexistente surgido entre aquellos con ocasión del servicio turístico [...] con la organización y promoción del paquete" (Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, 2012, 16 de marzo). Precisamente por la fuerza vinculante de la publicidad, "las ofertas, propaganda y promoción [...] en las cuales se prometen ciertos beneficios generales o una determinada cobertura con el mismo carácter general, se incorporan al contrato que se celebre y obligan a la compañía [empresa] que los ofreció" (Corte Constitucional de Colombia, 200, sentencia T-118). En el mismo sentido, "toda información comercial que se [haya dado] al consumidor previamente a [*sic*] la adquisición de un producto o servicio", independiente del medio por la cual haya llegado a este, se debe tutelar la "buena fe y la confianza legítima del consumidor" (Ordoqui, 2011). Es decir, "[L]o prometido en folletos, afiches o en la publicidad estática o televisiva debe considerarse parte de la oferta aceptada, aunque luego se haya excluido del texto contractual" (Ordoqui, 2011).

Ahora bien: dentro del derecho comparado encontramos que la legislación uruguaya ha decretado expresamente que la publicidad debe integrarse al contrato, bajo los términos del artículo 14 de la Ley 17.250, "Defensa del Consumidor", donde se dispuso que

> Toda la información, aún la proporcionada en avisos publicitarios, difundida por cualquier forma o medio de comunicación, obliga al oferente que ordenó su difusión y a todo aquel que la utilice e integra el contrato que se celebra con el consumidor.

El anterior artículo se basa más que todo en el proceder de buena fe y la confianza entre las partes, como elementos determinantes que deben ser protegidos a toda costa. Para tal efecto se ha dicho que "[E]l efecto integrativo de la publicidad se funda en la protección de la confianza y esta se debe proteger en mérito a que se debe actuar de buena fe" (Ordoqui, 2011). Por esto la publicidad tiene la capacidad de crear expectativas legítimas en el consumidor, y estas necesitan protección

"frente a posibles abusos que con ella se pudieren cometer" (Ordoqui, 2011). Es más: al integrar la publicidad en el contrato se disminuiría enormemente los casos de publicidad engañosa, ya que los oferentes seguramente actuarían con más cuidado al divulgar información, "pues después se [podría] exigir" (Ordoqui, 2011) lo escrito o publicado.

En este orden de ideas, es preciso mencionar que incluso la jurisprudencia nacional ha mostrado simpatía con este pensamiento[12], al insistir en que "el deber precontractual de información se deriva del principio de la buena fe y de la lealtad comercial y que en los tratos preliminares existe un particular contacto social, o mejor, una relación de hecho basada en la recíproca confianza" (Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, D. C., 2011, sentencia de primera instancia, proceso ordinario n.º 0560-2009).

En este sentido, se ha mencionado que

> [...] independientemente de la obligatoriedad de la oferta, cuando la invitación a contratar se realiza por conducto de una publicidad no puede, no debe, descartarse un eventual daño a sus destinatarios y su condigna reparación, si es que publicidad tal no se hace con apego a la sinceridad y seriedad que es de esperarse, de modo de inferir que la confianza del consumidor ha sido traicionada. [...] además, que para la correspondiente indemnización de perjuicios, los afectados puedan recurrir a los trámites previstos para el proceso verbal consagrado en el título XXIII del Código de Procedimiento Civil, con las adiciones procesales que en dicho estatuto se establecen, todo lo cual puede válidamente ubicarse en la fase precontractual, por cuanto ésta comprende, reiterase, un conjunto de relaciones y de contactos entre las partes, cuya relevancia puede

[12] "Pero, además, si la compañía, en su propaganda, o al anunciar o promocionar sus servicios, o al enviar a sus posibles clientes cotizaciones que detallan las ventajas de contratar con ella —como acontece en este caso—, *ofrece cierta cobertura, y por esa causa una persona decide tomar la póliza, aquélla está obligada en los términos de la oferta, que si son desconocidos, modificando sus alcances, ya en ejercicio del contrato y causando daño o amenaza a derechos fundamentales, dan lugar a que ante los jueces de tutela la empresa deba responder, cobijando todo aquello que prometió a los eventuales tomadores del seguro. En síntesis, las ofertas, propaganda y promoción de las compañías de seguros, en materia de salud, y de las empresas de medicina prepagada, en las cuales se prometen ciertos beneficios generales o una determinada cobertura con el mismo carácter general, se incorporan al contrato que se celebre y obligan a la compañía que los ofreció. Sólo este principio salvaguarda la buena fe en la relación contractual e impide que las personas resulten engañadas o inducidas a error al suscribir contratos de esta naturaleza*". (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, 2001, expediente 6775) (énfasis agregado).

ser diversa, según el avance de la negociación (con el nacimiento eventual de una relación vinculante) y no solamente la oferta, como una etapa de mayor acercamiento entre los interesados [Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, 2001, expediente 6775].

4. Eventual incumplimiento contractual con el consumidor, derivado de la modificación de las condiciones publicitarias y sus consecuencias jurídicas

Ahora bien: en sede de un incumplimiento contractual en una relación de consumo, inmediatamente nos localizamos dentro del campo de la jurisdicción ordinaria, en tanto que la Superintendencia de Industria y Comercio en sede jurisdiccional no sería la competente para fallar respecto de estos inconvenientes, porque esta, al no estar expresamente facultada para ello, solamente acudiría al análisis de las cláusulas del contrato, dentro de las cuales no encontraría las condiciones objetivas presentes en la publicidad.

Por consiguiente, el consumidor podría acudir a la Superintendencia de Industria y Comercio mediante una acción de protección al consumidor, donde se exigiría una reparación pecuniaria, en virtud de una posible publicidad o información engañosa, caso en el cual posiblemente solo se reconocería un daño emergente relacionado con algún incentivo no entregado o la restitución del dinero pagado por la adquisición de un bien o servicio ofrecido, dejando de lado el lucro cesante.

En otras palabras, las pretensiones del demandante dentro de una acción de protección al consumidor por incumplimiento de las condiciones objetivas de la publicidad no abarcarían la posibilidad de solicitar una real indemnización de perjuicios, salvo que en virtud de las facultades *ultra* y *extra petita* que cobijan a los jueces de estas causas se pudiesen ordenar tales reconocimientos.

Por otro lado, la Superintendencia de Industria y Comercio, a pesar de sus facultades jurisdiccionales, no ha sentado ningún precedente donde se pueda apreciar la integración de la publicidad al contrato, situación que, como antes se expuso, sí ha sido prevista y avalada tanto por la jurisdicción ordinaria como por la constitucional.

En consideración de la influencia que tienen los anuncios publicitarios en la formación del consentimiento de los consumidores, una vez realizado el contrato se deben respetar las condiciones implícitamente

pactadas en la fase precontractual, y así, en caso de que al integrarse al contrato resulten ser inconsistentes con el objeto de este último, el consumidor tendría derecho a la indemnización de perjuicios, por un presunto incumplimiento contractual derivado de una responsabilidad civil contractual. En la misma línea, la jurisprudencia nacional ha sostenido el anterior argumento al aducir que "en razón de la fuerza vinculante de la publicidad, en caso de discrepancia entre la publicidad y el contrato puede surgir el fenómeno de la responsabilidad civil por incumplimiento contractual" (Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, D. C., 2011, sentencia de primera instancia, proceso ordinario n.º 0560-2009). Inclusive se ha sostenido que

> [...] en el evento en que la publicidad sea engañosa, se puede generar un vicio del consentimiento con la consiguiente invalidez del negocio basada en el error, incluso, un reclamo de reparación del perjuicio en razón de la invalidez referida, de conformidad con la hipótesis de responsabilidad *in contrahendo* prevista por Ihering ya hace más de un siglo [Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, D. C., 2011, sentencia de primera instancia, proceso ordinario n.º 0560-2009].

Lo anterior resulta totalmente acertado si se tiene en cuenta la línea de argumentación expuesta, ya que, al estar inmerso el consumidor en una relación contractual asimétrica, el legislador y la justicia nacional deben hacer todo lo posible para velar por el cabal y efectivo cumplimiento de los derechos de aquel, teniendo en cuenta principios constitucionales superiores que deben y deberían vincular sus decisiones en sede jurisdiccional.

En este orden de ideas, gracias a aquel carácter vinculante de la publicidad, los consumidores que hayan formado su consentimiento con ocasión de la presencia de esta deben estar en todo su derecho de exigir una reparación por concepto de incumplimiento contractual, o en su defecto por vicio del consentimiento.

Ahora bien: en caso de probarse una presunta responsabilidad civil contractual, el perjudicado por aquel incumplimiento estaría en todo su derecho de solicitar ante el juez de conocimiento la reparación e indemnización de perjuicios ocasionados en virtud de lo anterior. Así, en sede de la jurisdicción ordinaria, el afectado tendría que probar la existencia de daños morales y materiales derivados única y exclusivamente del incumplimiento presentado.

En este sentido, respecto de los daños morales, ha dicho la jurisdicción ordinaria civil que

> [...] hay lugar a indemnizar todo perjuicio moral sin importar su origen, como el derivado de la pérdida de bienes materiales o el causado con el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, siempre que, como sucede en relación con cualquier clase de perjuicios, aquellos sean demostrados en el proceso. [Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá D. C., 2011, sentencia de primera instancia, proceso ordinario n.º 0560-2009.]

Por otro lado, acudiendo a la jurisprudencia del Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, los perjuicios materiales surgen bajo dos modalidades: daño emergente y lucro cesante. En cuanto al primero se refiere, este simboliza "el menoscabo o lesión que afecta los bienes de la víctima o de los perjudicados con los hechos imputados a la administración y que puede generarse tanto por la destrucción, deterioro, privación de uso y goce, etc., de bienes existentes en el patrimonio al momento del evento dañoso, como por los gastos que, en razón de ese evento, la víctima ha debido realizar" (Consejo de Estado, Sala de los Contencioso Administrativo. Sección Tercera, 2004, sentencia del 18 de marzo). Mientras que el lucro cesante ha sido entendido como "la ganancia o provecho que el actor dejó de percibir como consecuencia del evento dañoso" (Consejo de Estado, Sala de los Contencioso Administrativo. Sección Tercera, 2004, sentencia del 18 de marzo).

Conclusiones

Las condiciones objetivas que se encuentran inmersas en los anuncios publicitarios sin lugar a dudas inciden en su gran mayoría en la formación del consentimiento del consumidor para celebrar el contrato de consumo. Y cómo no incidir si en nuestros tiempos la publicidad se ha constituido como una práctica comercial recurrente, necesaria e indispensable para poder difundir de manera precisa y contundente los productos y servicios ofrecidos en el mercado. Precisamente por esto, se ha tendido a desvanecer esa brecha entre la oferta y la publicidad oferente, postulando ambos actos como vinculantes, en virtud del principio de buena fe y la confianza depositada en el anunciante.

Sin embargo, en materia de los derechos consagrados en el Estatuto del Consumidor, lamentablemente el consumidor no cuenta con la protección legal necesaria para poder reclamar una posible indemnización, en virtud de un potencial incumplimiento contractual o vicio del consentimiento, derivados de la inobservancia del anunciante, al

no cumplir con las condiciones objetivas ofrecidas en los anuncios publicitarios. Si bien es cierto que el consumidor puede solicitar una reparación material mediante la acción de protección de consumidor ante la Superintendencia de Industria y Consumidor, por razón de una posible publicidad o información engañosa, dicha indemnización no alcanzaría a cubrir todos los perjuicios que se podrían ocasionar.

Por lo mismo, sería necesario acudir ante la jurisdicción ordinaria, para que sea el mismo juez el que se encargue de tasar los perjuicios derivados del incumplimiento contractual, una vez integrada la publicidad al contrato. Tal situación lo lleva a una vía que en términos de tiempo y procesales puede ser mucho más larga y desgastante para los intereses del consumidor.

BIBLIOGRAFÍA

Eur-lex, Glosario de la síntesis, Recuperado de http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/information_society.html?locale=es.

Ordoqui Castilla, Gustavo, 2011, *Buena fe en los contratos*, España: Temis.

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia, 2010, sentencia C-830.

Corte Constitucional de Colombia, 1994, sentencia C-355.

Corte Constitucional de Colombia, 2000, sentencia T-118.

Corte Constitucional de Colombia, 2012, sentencia C-592.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, 2001, sentencia exp. 6775.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2009, sentencia del 30 de abril, exp. 25899 3193 992 1999 00629 01.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, 2011, sentencia del 1 de noviembre.

Consejo de Estado de Colombia, 2004, sentencia del 18 de marzo.

Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, D. C., 2011, sentencia de primera instancia con fecha del 14 de septiembre, proceso ordinario n.º 0560-2009.

Superintendencia de Industria y Comercio, 2014, Resolución 60188.

Superintendencia de Industria y Comercio, 2014, Resolución 40923.

Superintendencia de Industria y Comercio, 2012, Resolución 43142.

Superintendencia de Industria y Comercio, 2015, radicación n.º 15-114022-2-0.

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, 2012, 16 de marzo.

Legislación

Constitución Política de Colombia, 1991.

Ley 1480, Estatuto del consumidor, Cong. (12 de octubre del 2011).

Ley 17.250, 2000, Ley de Relaciones de Consumo-Defensa del Consumidor.

Capítulo IV

Propuesta para la reparación del daño a la confianza social: aproximación desde un análisis casuístico en el derecho de consumo en Colombia[*]

Gloria Isabel Osorio Giammaria[**]

Introducción

A pesar de los grandes avances jurisprudenciales, en Colombia no es posible afirmar que las víctimas quedan plenamente indemnes, aun si han sido beneficiadas con una decisión judicial que impone medidas resarcitorias. De hecho, hay muchos casos en que las víctimas, después de interponer una demanda de responsabilidad civil, que se podría tornar interminable y costosa, reciben un valor muy inferior a la satisfacción que obtuvo quien perpetra la conducta dañina. Lo propio se afirma de aquellos contextos en donde la causación de los daños es la consecuencia de un comportamiento desplegado con intencionalidad y su materialización se produce una vez analizados los costos de posibles demandas y condenas.

La dificultad a la que se enfrenta una víctima para lograr la reparación de sus daños es un desestímulo al momento de hacer las reclamaciones que corresponden y es, correlativamente, un estímulo para quienes dentro de sus costos de producción incluyen los daños que causarán poniendo determinados elementos en el mercado.

Como contrapeso, los sistemas jurídicos han dado pasos importantes hacia a la materialización de los principios de justicia y equidad en

[*] Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2017.163.

[**] Candidata a doctora en Derecho en la Universidad del Norte, estudiante de cursos de doctorado en la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Magíster en Derecho de la Universidad del Norte. Especialista en Responsabilidad y Seguros de la Universidad del Norte. Profesora de la Corporación Universitaria Rafael Núñez. Conferencista y autora de diferentes artículos de investigación. Correo electrónico: gloria_isabel_osorio@hotmail.com.

sus sociedades y las reglas de la reparación de daños constituyen una herramienta fundamental para ello. Colombia no sólo ha acogido esta tendencia sino que su sistema de responsabilidad civil ha tenido una fuerte influencia de la jurisprudencia foránea. Gracias a ello, hoy día se vienen reconociendo diversas formas de daños que superan a los arquetipos que se concibieron al momento de la redacción del Código Civil. Se trata de nuevas tipologías que, reconocidas, llevan a dejar a la víctima en una posición más cercana a la que se encontraba antes de la ocurrencia del daño, sin que 85 años después del reconocimiento del daño inmaterial en la jurisprudencia podamos considerar que quien sufre un daño queda completamente indemne.

La palmaria insuficiencia del sistema de responsabilidad civil colombiano para resolver esta dicotomía es lo que da lugar al presente artículo, en el que, a partir de un caso, se muestra cómo la solución que el ordenamiento jurídico de nuestro país les da a las víctimas no cumple con los postulados para una reparación integral. La situación que se presenta en Colombia difiere de aquella que se ha venido presentado en los sistemas estadounidense y argentino, en donde las soluciones que el derecho aporta parecen otorgar una mayor satisfacción a las víctimas y a la comunidad. Así, soportados en esos ejemplos, sostenemos que el concepto de "daño punitivo" acogido en dichos países constituye una de las herramientas jurídicas que permiten reequilibrar la balanza en la tarea de reparar daños.

1. De un caso paradigmático al cuestionamiento

La imposición de una condena administrativa por valor de $ 708.785.000 podría resultar extravagante en un país en el que el salario mínimo es de $ 737.171. Sin embargo, el daño causado al mercado por Jorge Hané Laboratories Colombia con su producto Jorge Hané Redu Fat Fast no fue resarcido con la imposición de dicha sanción. En otras palabras, la decisión sancionadora de la Superintendencia de Industria y Comercio no generó la sensación de saneamiento de la voluntad de compra de los consumidores, que había sido quebrantada con la publicidad engañosa.

Jorge Hané, también conocido como "el gurú de la pérdida de peso", introdujo al mercado, hace más de veinte años, un producto con el que se garantizaba la reducción de grasa localizada y de medidas. No obstante, no se realizaron estudios que permitieran demostrar que el producto promocionado era idóneo para lograr el objetivo que buscaban los consumidores. Tras realizar varias pruebas, la Superintendencia

de Industria y Comercio logró establecer que Redu Fat Fast tenía una licencia como suplemento alimenticio, lo cual implicaba que los beneficios de eliminación de grasa no estaban garantizados, aun cuando el eje de la publicidad del producto era aquella famosa frase de "yo te lo garantizo" o "porque funciona". A partir de esta constatación se coligió que el mensaje transmitido al consumidor no correspondía a las características reales del suplemento, lo que constituía un engaño a todos aquellos que habían adquirido el producto con la plena confianza en que se lograría el resultado publicitado.

De hecho, se reitera, el producto Jorge Hané Redu Fat Fast contaba con registro sanitario Invima en la categoría de suplemento dietario, lo que permite concluir que, desde el momento en el cual se obtuvo el registro sanitario, el productor tenía plena conciencia de que lo ofrecido no era medicamento capaz de reportar beneficios en la pérdida de peso de los consumidores, tal como había promocionado. Empero, durante veinte años millones de consumidores adquirieron y consumieron el producto, con plena confianza en que la información que le suministraban era veraz, eficaz y suficiente. En ese orden, se había establecido una relación sobre una de las bases que deben regir todo tipo de conductas externas del individuo, esto es: la confianza.

En el derecho de consumo se establecen obligaciones, y una de ellas es la que tiene el comerciante de informar sobre su producto de forma ética y transparente, para generar credibilidad. Sobre la base de esos deberes se establece una relación de confianza, que tiene como fundamento el conocimiento que se tiene sobre el producto quien lo pone en el mercado y el deseo de los consumidores de elegirlo, después de haber evaluado todas las ofertas que halló en el mercado. Por ello, una fractura en la relación productor-expendedor-consumidor genera defraudación a la confianza que, necesariamente, ocasiona daños a los asociados. El mercado se ve afectado, se afectan los intereses patrimoniales de las personas a las que será imposible cumplirles lo convenido y, en especial, se genera un daño en la esfera externa de aquellos que confiaron en la información suministrada.

Como respuesta al incumplimiento contractual, el ordenamiento jurídico ha establecido mecanismos que tienen como objeto restablecer el equilibrio con medidas resarcitorias, esto es, reparando los daños materiales y morales causados, o con medidas propias del control administrativo. En la actualidad, los daños reconocidos como reparables en Colombia no incluyen la posibilidad de dejar indemnes a los consumidores a los que se les ha quebrantado la confianza. En

ese orden, nos corresponde analizar si con la sanción impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio se logra sanear el mercado de los efectos nocivos irrigados por una conducta como la realizada por Jorge Hané Laboratories Colombia.

La labor institucional que ha venido realizando la Superintendencia de Industria y Comercio, al sancionar por vía administrativa este tipo de prácticas, tiene alta legitimidad en el sentir de todos. Sin embargo, las sanciones de carácter administrativo tienen como particularidad la de no impactar superlativamente el patrimonio de sus destinatarios. De hecho, no siempre la sanción logra ser equivalente a las ganancias que se obtienen. En efecto, en el caso citado, Jorge Hané Laboratories Colombia permaneció veinte años en el mercado colombiano, en los que obtuvo ganancias muy superiores al valor de la sanción impuesta por la Superintendencia. Así, tras un análisis de costo beneficio, podemos reconocer que la sanción impuesta no restablece al mercado la lesión causada por uno de sus agentes, al incluir un producto que no cuenta con las indicaciones promocionadas.

Las sanciones administrativas impuestas por la Superintendencia de Industria y Comercio han resultado en importantes logros de orden institucional. Sin embargo, dichas medidas dejan de lado a las víctimas, pues quienes han adquirido los productos no se ven compensados por los actos de los productores o de los expendedores. En ese orden, tenemos que admitir la insuficiencia de la herramienta que brinda el Estatuto de Protección al Consumidor, consistente en sancionar las conductas lesivas en contra del sistema de consumo, toda vez que el consumidor —eje del derecho de consumo— no obtiene una restitución por el engaño del que ha sido víctima. En consideración de lo anterior, vale la pena cuestionarse si existen otras herramientas propias del sistema jurídico colombiano que permitan devolver a los consumidores a la posición en la que se encontraban antes de ser engañados por Jorge Hané Laboratories Colombia.

A) *Respuesta del ordenamiento jurídico colombiano frente al incumplimiento contractual*

La defraudación que sufre la parte cumplida en el desarrollo de un contrato tiene consecuencias materiales e inmateriales. El Código Civil colombiano señala las posibles opciones que tiene quien cumple sus obligaciones contractuales frente a su deudor. Por su parte, las consecuencias inmateriales deberán ser estudiadas por fuera del Código Civil con las herramientas propias del sistema de responsabilidad civil.

Para la superación del conflicto, que surge por las consecuencias materiales del incumplimiento contractual, la parte cumplida empleará la formula contenida en el artículo 1546 del Código Civil, en la que se consagra la condición resolutoria tácita como cláusula general ante el incumplimiento en los contratos bilaterales. De la condición resolutoria tácita se desprende que ante un incumplimiento las partes pueden solicitar el incumplimiento forzado o el cumplimiento forzado. No obstante, las partes quedan facultadas para reclamar la reparación integral de los daños sufridos, siempre y cuando, como se expresó, se logre probar que se causaron.

Así, se identifican dos figuras jurídicas independientes por las que pueden optar una de las partes cuando se enfrenta al incumplimiento de su co-contratante. La primera consiste en equilibrar las prestaciones: (1) si una parte incumple con su prestación, la otra no debe verse obligada a cumplir con la suya; (2) si esta última ya cumplió, puede pretender que se obligue a la otra parte a cumplir con lo contratado. La segunda tiene como único objetivo reparar los perjuicios que se causaron con el incumplimiento o con el cumplimiento tardío.

El sistema jurídico colombiano es amplio en lo que respecta a la consagración de los mecanismos legales que pueden ponerse en marcha ante el incumplimiento contractual. En el *common law* la consecuencia ante el incumplimiento contractual es la reparación de los daños causados. En ese contexto, sólo surge la posibilidad de exigir el cumplimiento forzado cuando no procede dicha reparación. La diferencia de soluciones jurídicas de cada uno de esos sistemas puede ser la consecuencia de los sistemas económicos que se regulan; la economía de los Estados Unidos es más dinámica, lo que obliga a establecer mecanismos eficientes que sean acordes con la agilidad del medio en que se desenvuelve la relación contractual (Posner, 2005).

No obstante, las opciones que brinda el ordenamiento jurídico colombiano para satisfacer los intereses de aquel que cumple con las obligaciones de un contrato y se encuentra con el incumplimiento de su co-contratante son insuficientes cuando se pretende aplicarlas a conductas evasivas cuyo impacto supera los efectos económicos de un individuo, esto es, casos en los cuales el incumplimiento se materializa respecto de un grupo de la sociedad y termina por transgredir la confianza depositada por todos sus integrantes en el sistema de mercado. Lo propio nos permite identificar una forma de daño, una lesión al mercado, que no puede ser reparada con apego a las normas instituidas en el derecho de contrato o de la responsabilidad contractual.

B) *Una respuesta con efectos sociales: teoría de los punitive damages en el sistema estadounidense*

La jurisprudencia de los Estados Unidos en el área de los daños ha avanzado según las necesidades sociales. Bajo ese entendido, en 1784 se reconocieron por primera vez los *vindictive damages*, que tuvieron como objetivo imponer una sanción a quien, olvidándose de la humanidad del demandante, alteró la bebida que tomaba, con el fin de obtener beneficio en una disputa que mantenían (Hovik, 1993). Seis años más tarde reconoció la imposición de una sanción civil en la causa *Coryell v. Colbaugh* (citado en Clements, 1992), en donde la Corte Suprema de New Jersey condenó por el quebrantamiento de una promesa de matrimonio. La decisión del jurado se basó en el concepto de justicia, estableciendo que la condena no se debía ceñir únicamente al dolor sufrido o a lo realmente perdido, sino que además se debía condenar a una suma que fuera ejemplarizante y previniera que en un futuro se causaran los mismos daños.

La imposición de una multa en la que un particular saldría beneficiado marcó, sin duda, una cesión en la potestad sancionadora del Estado. Pero ese hecho se encuentra justificado si se considera que esa sanción fue consagrada como algo más que una pena. La sanción respondía a una necesidad intrínseca al ser humano y necesaria para la construcción social: propender a que las relaciones interpersonales estén basadas en principios de justicia y equidad. En los casos citados, que marcaron un punto fundamental en la formulación de los *punitive damages* en los Estados Unidos, los máximos tribunales concluyeron que la sola reparación del daño no hubiera logrado devolver al individuo a las condiciones en las que se encontraba antes de que sus bienes jurídicamente tutelados fueran vulnerados.

El concepto de *punitive damages* o daños ejemplarizantes ha tenido una gran evolución desde sus inicios. La conceptualización de los *punitive damages* se ha dado a partir de la idea de que son aquellos que van más allá de la compensación, con los que se cumple una función disuasiva, buscando un castigo y hacer un ejemplo del demandado (Hasen, 2010). Se conciben así los *punitive damages* como una herramienta dentro del derecho de daños que permite lograr imprimir cierto tipo de efectos en el responsable que no se consiguen con la compensación.

El desarrollo se ha venido dando en un país en el que la formación de los jueces permite la producción jurídica. Por lo tanto, el análisis que

se ha generado, a partir de los citados fallos judiciales, permite la aplicación de la figura sancionadora, que, como se ha planteado, es propia del derecho de daños. Así, en el caso *Gore v. BMW* se establecieron como supuestos de aplicación de los *punitive damages* que la conducta cause un sufrimiento mental a la víctima, que exista malicia intencional, astucia, engaño y avaricia por parte del agente que causa el daño. En esos mismos términos, se determinó que influye en la cuantificación la posición de confianza de la víctima frente a quien le causo el daño.

El juez, al imponer la condena, debe tener en cuenta los criterios de analogía, respetando el precedente judicial instituido para dichos casos. No obstante, la forma como se han venido decidiendo nuevas causas denota que la regla pretoriana no comporta las características de una mera norma de producción legislativa, pues la aplicación de los *punitive damages* se ha mostrado flexible frente a los cambios sociales, respondiendo a la sed de justicia de los asociados.

De vuelta a nuestro caso de partida, la conducta desplegada por Jorge Hané Laboratories Colombia se encuentra calificada, al haberse dado con malicia, engaño y avaricia. Por lo tanto, sería un caso propicio para la aplicación de los *punitive damages*, por cuanto es la herramienta que permite imponer una condena basada en las circunstancias en que se desarrolló la conducta generadora del daño y la mala intención del agente causador. Dicho de otra forma, sería la institución jurídica que comporta finalidades que van más allá de lo que hasta ahora en Colombia hemos reconocido como principio de reparación integral.

En efecto, este tipo de condenas, más que buscar un interés egoísta del sistema, buscan el desarrollo del principio de reparación integral. La aplicación tiene dos objetivos con repercusiones en la sociedad. El primero, la disuasión, entendida como el uso de la sanción para influenciar una conducta del posible perpetrador. Con su puesta en marcha se busca que se adopten las precauciones necesarias para no causar perjuicios, aun cuando dicha obligación repercuta en el beneficio que podría obtener el agente. En ese sentido se establece una forma de balance, si el aumento de controles aminora las ganancias, la disminución de las precauciones puede causar el daño. Si el monto que se ha de pagar por concepto de la reparación de los perjuicios causados es inferior al beneficio obtenido con la falta de previsión, no se cumple con el postulado de la disuasión.

El segundo, la retribución que se logra con la imposición de una sanción. Gracias a dicho postulado, la víctima y sus semejantes restablecen

la confianza por la convicción de que a quien se ha sometido a una condena de ese tipo no volverá a actuar como lo hizo en el pasado. Así, la imposición de la condena por *punitive damages* tiene una importante función social por cuanto a ella se acude cuando la lesión causada a la víctima tiene un efecto extendido, que va más allá del daño causado al individuo que acude ante la jurisdicción (Sharkey 2010).

Ese desarrollo jurisprudencial que han tenido los *punitive damages* en los Estados Unidos convierte a la figura jurídica en la herramienta que mejor podrá propiciar que las víctimas y la sociedad queden en el estado más cercano al que se encontraban antes de la ocurrencia del daño. Obsérvese que esto no es lo que se obtiene en Colombia como forma de reparación. Si, volviendo a nuestro caso inicial, hubiéramos impuesto a la Jorge Hané Laboratories Colombia la sanción consistente en los *punitive damages*, la sociedad encausada habría sido condenada teniendo como referente los beneficios económicos que obtuvo durante los veinte años que permaneció en el mercado promocionando un producto que no cumplía con las condiciones que ofrecía. Pero además, y quizá lo más importante, los consumidores habrían obtenido no solo la restitución del valor de la adquisición del producto, sino también un incentivo pecuniario que hubiera permitido sufragar el costo del litigio y restablecer la defraudación de la confianza.

Por otra parte, en el ámbito supraindividual, la sociedad habría adquirido la tranquilidad de que actuaciones esta naturaleza no volverían a producirse, con lo cual se pudo haber restablecido la confianza en el mercado. No debe perderse de vista el que ante la imposición de una sanción ejemplarizante los demás comerciantes se abstendrán de realizar un acto similar y los consumidores tendrán la convicción de que nadie volverá a quebrantar la confianza que depositaron en la relación de mercado.

No obstante las innumerables funciones que tienen los *punitive damages*, no se puede dejar a un lado que su aplicación trae consigo riesgos que también han sido objeto de análisis de la doctrina de ese país. En efecto, se ha afirmado que la cantidad a la que se condene se encuentra ampliamente sometida a la discrecionalidad del juez o el jurado, considerando las circunstancias de cada caso y los límites constitucionales. Lo anterior constituye uno de los obstáculos que no se han superado en la aplicación de los *punitive damages* (*Corpus Juris Secundum*, 2002).

C) *Búsqueda de la suficiencia del sistema jurídico argentino: la adopción de la multa civil*

Los *punitive damages*, como sanción dentro del derecho de daños, han sido una figura propia del *common law*. Sin embargo, no se puede negar tajantemente su compatibilidad con el sistema del *civil law*. Por el contrario, el reconocimiento de la *multa civil*[1] en Argentina, abrió una importante puerta hacia la legalización de los *punitive damages* en sistemas similares.

El concepto de *multa civil* se recogió en Argentina a partir de la ley 26.361 del 2008, sobre la defensa del consumidor. No obstante ser muy reciente la adopción de la multa civil, la jurisprudencia y la doctrina argentinas han tenido la tendencia a reconocer la función preventiva dentro del derecho de daños. Sin embargo, las corrientes doctrinales sobre el reconocimiento de la prevención en el derecho de daños se encuentran divididas. Para una parte importante de la doctrina la prevención debe darse en un escenario anterior a la ocurrencia del daño, identificando un momento idóneo para aplicar la tutela inhibitoria como mecanismo procesal y a la vez sustancial para evitar que se configure el daño (Picasso & Sáenz, 2008). Para la otra, la indemnización de la víctima debe tener un carácter preventivo. En ese contexto, se buscaría que no se repitiese la conducta generadora del perjuicio por medio de la condena y las consecuencias que éstas comportan para el demandado. Este último es el escenario propio de los *punitive damages*.

En Argentina, la jurisprudencia admite la posibilidad de aplicar los *punitive damages* desde 1997 (CNFed.CC sala 2ª, 30-10-97 Raúl Gesteira Balverde vs. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados), época en que se solicitó el reconocimiento de la condena por daños punitivos. En esa oportunidad la Cámara Nacional fue enfática en manifestar que mientras no se diera la tipificación de la figura en el derecho positivo, no podría aplicarse en las

[1] "Artículo 52. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso *b* de esta ley."

decisiones judiciales por carecer de poder configurativo. Once años después de esa decisión judicial, la Ley de Defensa del Consumidor incluyó los *punitive damages*.

No obstante la legalización de la figura sancionadora en el derecho de consumo argentino, se han hecho evidentes las críticas a la multa civil: la inexistencia e incompatibilidad de las penas en el sistema de responsabilidad civil, la afectación a la economía nacional y la violación de garantías constitucionales (Chamatropulos, 2009). Empero, si se superasen los obstáculos descritos, no se puede dejar de lado uno fundamental: determinar quién debe ser el beneficiario de la sanción.

2. Adopción de una nueva categoría de daños hacia la plenitud de la reparación integral

El sistema de responsabilidad civil en Colombia no es puramente reglado, contra los que defienden la pureza de nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, el cuadro de daños reparables en Colombia guarda, en su forma de adopción, una gran identidad con la forma como la jurisprudencia los ha integrado en el *common law*. Así, el reciente reconocimiento del daño a la salud y de otros daños inmateriales nos permite afirmar que en Colombia son admisibles todos aquellos daños que busquen la consecución del principio de reparación integral, sin que se pueda imponer un límite a la adopción de nuevas tipologías.

De hecho, la reciente ampliación del cuadro de daños que se ha hecho en Colombia no ha sido suficiente para considerar que se han agotado todos frentes de daño a los que se podría someter una víctima. Verbigracia, cuando se causa un daño en una relación de confianza, las consecuencias del daño inmaterial traspasan la esfera interna del individuo y se proyectan en sus relaciones con los demás; es entonces cuando el sistema de responsabilidad civil se torna insuficiente y deja a la víctima sin la correspondiente reparación.

El hombre es un ser determinado a mantener relaciones interpersonales, que se establecen sobre la base de la confianza que él mismo proyecta a los otros y que los otros generan en él. Es, entonces, forzoso admitir que la sociedad, tal como se conoce actualmente, no se desarrolla sino en el marco de esa gran confianza y que la ruptura de esta genera caos.

La confianza social va más allá de una mera relación entre dos personas. El concepto de *confianza social* corresponde, según los autores

Gallardo, Figueroa y Solar (2006), a la forma como el ser humano percibe su entono y su relación con la naturaleza humana. En ese sentido, sostienen los autores que "alguien con alta confianza social o generalizada cree, por ejemplo, que la mayoría de las personas [tiene] buenas intenciones, que estas son honestas y respetuosas" (p. 11).

A) *La confianza como base de las relaciones sociales*

El proceso de institucionalización[2] de las conductas tiene una importante repercusión en las relaciones sociales y, por lo tanto, requiere observancia del ordenamiento jurídico. Así, las personas tienden a volver repetitiva una conducta determinada cuando con su realización se obtiene un beneficio o satisfacción. Como si se tratara de un condicionamiento propio del ser humano, la persona se ve condicionada a cometer los mismos errores, y produce el mismo resultado en sus semejantes. La institucionalización de una conducta genera seguridad en la sociedad, fundada en que cada vez que un miembro de esa comunidad actúa conforme a lo institucionalizado, obtendrá tal beneficio. Una vez se ha institucionalizado determinada conducta, se instituye en el individuo la confianza en obtener la máxima satisfacción de sus intereses cada vez que despliegue dicho actuar o uno semejante. Por el contrario, si uno de los miembros de la comunidad no cumple con los comportamientos debidamente institucionalizados, se genera una reacción desestabilizadora que conduce, de manera inevitable, al caos social. Así, cuando con su conducta un agente falta a la confianza introduce en su entorno un elemento ruinoso para las relaciones que él mismo o que otros pretendan establecer con los demás agentes que conforman un grupo social.

En efecto, el concepto de *institucionalización* (Berger y Luckmann, 1968) de las conductas está lejos de ser un concepto objeto de regulación normativa, como podría ser interpretado en el área del derecho penal. La institucionalización responde al poder autorregulador de los miembros de una comunidad, que establecen normas necesarias para su correcto funcionamiento. No obstante, su quebrantamiento tiene que ser objeto de estudio dentro del sistema de responsabilidad civil, pues si bien es cierto que el derecho no interfiere en todos los

[2] Las conductas de los seres humanos se encuentran controladas por las instituciones. En efecto, las instituciones alcanzan un valor superior a lo teóricamente establecido. Las conductas repetitivas e interiorizadas por los asociados determinan el sentido de sus comportamientos (Berger y Luckmann, 1968: 76).

actos humanos, una vez se construye una relación social corresponde al ordenamiento jurídico intervenir cuando uno de los miembros actúa por fuera de las expectativas.

El ser humano tiene confianza en sus semejantes cuando entiende que el comportamiento de éstos será el adecuado, que responderá a los parámetros y reglas establecidos por la ley y por la costumbre. La confianza en los demás dependerá de actos aceptados y generalizados. Por el contrario, la actuación gravemente contraria a lo institucionalizado por la sociedad viciará la capacidad que tiene una persona de confiar, no sólo en el individuo que cometió la conducta, sino en todos aquellos en los que pueda ver reflejadas las mismas condiciones. Así las cosas, se debe admitir que para un miembro de la sociedad la pérdida de la confianza implica un quebrantamiento en su relación con los demás. Sin embargo, esa no es la única consecuencia que puede traer la conducta inapropiada de uno de los asociados. La consecuencia más drástica es que todo aquel que se sienta identificado con quien fue víctima de la conducta contraria a lo socialmente institucionalizado sentirá necesariamente el temor de ser traicionado por cualquier otro miembro de la sociedad. De esta forma, el daño a la confianza no se genera solo en la víctima de la conducta lesiva sino en el seno mismo de la sociedad.

Tal como se viene señalando, la sociedad funciona como un sistema en el que cada una de las piezas va perfectamente engranada, cada uno de los miembros tiene la expectativa de que el otro actúe conforme a lo establecido. Si una de las piezas —miembros de la comunidad— actúa manifiestamente en contra de lo institucionalizado, se entenderá que el sistema dejará de funcionar. Por lo tanto, el control social debe tender a respaldar las expectativas de los individuos que actúan conforme a lo dispuesto en la ley. Si en algún momento una de las piezas llegara a desengranarse, corresponde a las instituciones sentar precedentes que permitan fomentar en los demás miembros de la comunidad el sentimiento de que la conducta ostensiblemente contraria a lo que se esperaba no volverá a ser cometida por el agresor ni por ningún otro miembro de la sociedad y que, por lo tanto, pueden seguir confiando.

Así, en la concepción funcionalista de Durkheim, cada miembro de la sociedad tiene una especialidad. La especialidad, que es diferente a la del próximo, permite una repartición del trabajo que a su vez determina el funcionamiento de la sociedad. En esos términos se establece lo que el destacado sociólogo ha denominado "solidaridad orgánica", que reconoce la existencia de una división de tareas dentro de una sociedad, que antes correspondía a la conciencia común (Durkheim,

2001). Cuando existe una disfunción en el sistema, generada por la tensión entre la cooperación y la competición, se considerará que la sociedad no es sana y que, por lo tanto, debe intervenir el derecho civil como derecho restitutivo, a efectos de restablecer el equilibrio ante un conflicto entre las relaciones (Monereo, 2008).

El derecho cumple un papel importante en la organización de la sociedad; según Durkheim (citado en Fucito, 1999), "la vida social, en todo lugar donde existe forma duradera, tiende inevitablemente a tomar una forma definida y a organizarse, y el derecho es solo esta organización misma en lo que tiene de más estable y preciso" (p. 154).

Independientemente de la teoría sociológica que se utilice, hay un sentimiento intrínseco a todo ser humano, que todos hemos experimentado, que es el de esperar de los miembros de la sociedad un comportamiento adecuado. La sociedad se establece sobre bases de confianza en la correcta ejecución que cada miembro hará del rol que le corresponde. Las conductas admisibles corresponderán a aquellas que vayan encaminadas a cumplir el fin de la comunidad. Por lo tanto, se espera que los individuos actúen según lo socialmente establecido. El papel del derecho, en esa forma de organización, consiste en mantener el armónico funcionamiento social.

B) *Quebrantamiento de la confianza y sus consecuencias*

La confianza es uno de los atributos más importantes en el ámbito de las relaciones interpersonales. Los seres humanos desarrollamos todas nuestras relaciones en el marco de la confianza. Si en una relación se pierde la confianza, dejará de darse en el ambiente necesario para que cada uno de sus miembros logre satisfacer sus intereses. En el ámbito de las relaciones comerciales la confianza no es menos importante. En un mercado basado en relaciones de confianza, los comerciantes pueden incrementar sus beneficios y generar en el consumidor mayor satisfacción. En ese sentido, la confianza participa en la armonía del mercado. Con ella se alcanza el punto máximo de intersección en los intereses de cada uno de los intervinientes en la relación de consumo. Sin embargo, el ser humano siempre ansía más, y sus ansias desmedidas podrían conducir al desequilibrio del mercado.

El sistema de mercado exige mecanismos que permitan guiar la conducta de los individuos a comportamientos comúnmente aceptados. Por lo tanto, no es admisible un comportamiento desviado de una de las partes en la negociación, pues las consecuencias repercuten en

toda la sociedad. La conducta antijurídica del comerciante no solo daña su imagen corporativa, sino que además daña el ambiente del mercado armónico. Para mostrar el punto que nos interesa con un ejemplo práctico, nos permitimos citar el sonado caso de Jorge Hané Laboratories Colombia, en el que se identifican, de manera clara, los conceptos de *expectativas*, *información*, *confianza* y *quebrantamiento de la confianza*.

En el citado caso, la empresa suministró una información que a simple vista era suficiente. No obstante, no resultaba ser veraz, ni clara. De hecho fue la confusión la que determinó una aprobación inicial del producto por los consumidores. El proveedor se valió de la relación de confianza que había establecido con el consumidor. Pero la información suministrada y aceptada como cierta por los consumidores, por efectos de la confianza, no respondía a la realidad. Como consecuencia de ello, forzoso es admitir que cuando el proveedor falta a la verdad no sólo incumple su obligación legal sino que quebranta la confianza. El quebrantamiento de la confianza comporta, además, un "efecto dominó" que pervierte al mercado. En efecto, cuando el consumidor es engañado, él sufre un perjuicio por haber adquirido un producto que no respondía a sus deseos o necesidades. Sin embargo, los efectos del engaño trascienden al conglomerado social en el seno del cual se crea un sentimiento negativo y generalizado en el sistema de consumo en general.

En la relación comercial el consumidor emplea todas las medidas para comprender e interiorizar la información. Ese es el mecanismo con el que cuenta para evitar caer en el oportunismo del comerciante. Ahora bien: cuando se establece una relación de confianza, el consumidor se aleja de la posición defensiva y con ello se logra el ambiente perfecto para un mercado armónico. Imaginemos la situación de consumidor juicioso que, como muchos otros, viene desarrollando una relación comercial con Jorge Hané Laboratories Colombia, de la que nunca se ha derivado un conflicto. El consumidor está erradamente convencido de que la información que le suministra la empresa con la que contrata responde a la realidad de los productos y adquiere, sin un análisis técnico previo, un medicamento que le ayudará a perder peso, grasa localizada y medidas. En ese caso, el consumidor responde a la relación de confianza que se establece con el comerciante, dentro del cual los mayores beneficios los recibe el comerciante, quien aumenta sus ingresos al ser elegido por más consumidores que optan por ese

producto dietario, mientras que disminuye los gastos en la medida en que no realiza los estudios necesarios para eliminar la incertidumbre del consumidor.

En ese sentido, la relación de confianza que se establece en la relación de consumo genera un beneficio en los ingresos de los comerciantes. No obstante, mantener la expectativa de cumplimiento puede ocasionarle gastos superiores. Por esto, resulta lógico considerar que al iniciar la relación contractual, establecer confianza genera una disminución en los costos de la transacción; sin embargo, continuar con el cumplimiento y el mantenimiento de la expectativa genera aumento de los costos, cuando el consumidor llegó al proveedor por efectos del engaño.

Por lo otro lado, una vez se ha convencido al consumidor de adquirir el producto, en medio de una relación de confianza, transgredir los postulados de esa relación resulta ser contrario a los fines del Estado. En consecuencia, la infracción a la confianza proporcionará un doble rechazo de la sociedad, pues se entenderá que los intereses económicos superaron a los intereses sociales y que, en general, en las relaciones sociales cada uno busca su beneficio personal olvidando el respeto por la humanidad de sus semejantes.

En el caso de la investigación que se siguió en contra de la empresa Jorge Hané Laboratories Colombia, el ordenamiento jurídico a través de la SIC empleó los mecanismos legales establecidos para mantener el orden público. Sin embargo, hay tres esferas que deben ser tenidas en cuenta al momento de analizar la conducta del agente lesivo. La primera es la administración de la relación empresa-mercado, y esa vigilancia se encuentra a cargo de la SIC; la segunda es la relación consumidor-comerciante, y bajo ese entendido se deben analizar todos los tipos de daños reparables admitidos en Colombia; la última relación, cuyo reconocimiento se pretende en este artículo, es la que se establece entre comerciante, consumidor y sociedad, y esa relación merece una especial atención porque reconoce al sujeto como persona, en su esfera individual y colectiva.

3. Reconocimiento de las funciones de la responsabilidad civil: una posible solución a la insuficiencia del ordenamiento jurídico nacional

En Colombia hemos sido muy enfáticos en establecer que la función propia del sistema de responsabilidad civil es la reparación del daño.

Sin embargo, hemos caído en el error de asimilar la función reparadora a la compensación del daño, sin tener en cuenta que sus diferencias marcan la admisibilidad de otras figuras, aun cuando, en aplicación del principio de reparación integral, rector del sistema de responsabilidad civil colombiano, se deben reparar todos los daños, postulado que se desprende de la necesidad de dejar a la víctima en la situación más próxima a la que se encontraba antes de la ocurrencia del daño.

Una metodología apropiada para abrir la puerta a los mal llamados "daños punitivos" es estableciendo cuál es la finalidad de esa figura y si es necesaria para reparar nuevas tipologías de daños, entre esos aquellos que, por sus condiciones, merecen especial tutela del ordenamiento jurídico.

A) *Función compensadora: una forma insuficiente de reparación del daño a la confianza social*

La admisibilidad del denominado "daño a la confianza social" obliga a que el sistema de responsabilidad civil establezca en su interior las herramientas necesarias para que la víctima quede en la condición más cercana a la que se encontraba antes de que se materializara el daño. En ese orden, cuando se transgrede la confianza, el análisis de la reparación merece una especial atención. En principio, la compensación, propia del sistema de responsabilidad acogido por el *civil law*, permite devolver a la víctima eso que ha perdido como consecuencia del daño o su equivalente en el mercado. Ahora bien: lo ideal sería que el sistema permitiera devolver las cosas al estado en el que estaban antes de la ocurrencia del hecho dañino. Empero la compensación misma está limitada por lo que resulta posible.

La doctrina tradicional ha considerado que compensar el daño consolidado sobre bienes inmateriales resulta ser una forma de sanción y no una reparación (Espinosa, 1986). Así las cosas, frente a la disyuntiva de no reparar este tipo de daños o repararlos por medios paliativos, la jurisprudencia internacional acogió la segunda alternativa. En virtud de ello se acepta que la reparación de los daños sobre bienes inmateriales se efectúe con los parámetros monetarios.

La reparación de la confianza, reconocida ésta como bien jurídico inmaterial, no se efectúa con los mismos parámetros con los que se han reparado otros daños inmateriales. En efecto, la decisión de compensar el daño a la confianza por medios paliativos buscaría únicamente otorgar un beneficio a la víctima por el pesar de haber sido defraudada.

Esto resulta a todas luces insuficiente ya que la defraudación que vive la víctima no se refleja sólo en su estado de ánimo sino en sus relaciones interpersonales. De lo anterior se desprende que más que una compensación, la confianza debe ser restablecida para lo cual se hace necesario acudir a la prevención especial y general.

Por otro lado, es natural que, como consecuencia de una defraudación, la víctima se sumerja en un estado de aislamiento. Esto denota la exterioridad de la lesión, pues es propia de toda persona la necesidad de convivir en comunidad.

En ese sentido, cuando se trata de una relación de confianza, la reparación debe trascender la esfera interna. Por lo tanto, no se logra la reparación integral fijando la mirada sólo hacia la víctima, pues el daño es supraindividual y, como tal, requiere que en su reparación se restablezca la situación de todos los actores. En ese sentido, para restablecer la confianza en la sociedad —en nuestro caso, en el sistema de consumo— se requiere que la víctima obtenga pleno convencimiento de que esa persona no volverá a burlarse de sus intereses ni de los intereses de los demás miembros de la comunidad, como tampoco lo hará otra persona en situación semejante a la de aquella que ha causado el daño.

Por lo tanto, la reparación del daño a la confianza social no puede darse exclusivamente mediante la compensación. Ello en virtud de que la compensación solo tiene efectos paliativos, no reparadores, en este tipo de daños. La víctima no logra restablecer su confianza en la sociedad con la compensación que recibe de su agresor. Ahora bien: si la mirada se gira al caso del agresor, resulta forzoso concluir que éste tampoco se ve necesariamente desestimulado a recurrir a la práctica dañina, toda vez que para él, reparar el daño causado tiene un valor igual al beneficio que obtuvo con su causación.

La compensación del daño a la víctima es la función principal del sistema de responsabilidad civil (López Herrera, 2008). Sin embargo, según la naturaleza del daño, se tendrá que identificar qué esferas del individuo deben ser reparadas y qué elementos permiten su reparación. En ese sentido, uniéndonos a la posición de Markesinis (citado en López Herrera, 2008, p.197), se debe afirmar que el papel de la compensación en el sistema de responsabilidad civil es importante, empero no se puede permitir que ella desempeñe un "rol monopólico". En efecto, existen otras funciones del sistema de la responsabilidad que deben ponerse en marcha a fin de reparar plenamente un daño, presente o futuro.

B) *Función preventiva: una forma necesaria del sistema de responsabilidad civil en la reparación del daño a la confianza*

Es una premisa universalmente aceptada que la compensación es el mecanismo que emplea el sistema de responsabilidad civil para dejar a la víctima indemne. Sin embargo, este concepto ha sido objeto de evolución en los ordenamientos jurídicos modernos. Tal como lo ha expuesto la Corte Constitucional colombiana[3], el sistema de responsabilidad civil tiene como finalidad el cumplimento del postulado de la reparación integral, y para ello se debe acudir a todos los elementos de los que disponga el ordenamiento jurídico.

La reparación de los daños no está limitada a la compensación[4]. La restauración de la confianza, como bien jurídicamente tutelable, requiere más que la compensación de la sensación de separatidad de la víctima, el restablecimiento de sus relaciones. En nuestro caso de inicio, ¿cómo lograr que la víctima vuelva a confiar? ¿Vuelve ese consumidor a adquirir un producto comercial para la pérdida de peso?

La prevención de los daños no es un concepto ajeno al ordenamiento jurídico colombiano. En la Constitución Política de 1991 en Colombia se acogió la acción de tutela como un mecanismo de protección de los derechos fundamentales, en el que se señaló la posibilidad que tiene la víctima de adelantarse a la ocurrencia del daño próximo. En ese sentido, en el artículo 86, inciso tercero, se estableció que la acción "sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".

En el mismo sentido de la acción de tutela, surgió con la Constitución Política de 1991 la acción popular, con el fin de proteger los derechos colectivos. Tratándose de amenazas contundentes a los derechos contenidos en el capítulo tercero de la Carta Fundamental, los parámetros para la protección del daño próximo resultan ser los mismos que los de la acción prevista para los derechos fundamentales. Sin embargo, la Ley 99 de 1993 admitió en una forma especial de prevención del

[3] Sentencia C-916 del 2002.

[4] Sobre este punto el juez Steyn, citado por Cristián Banfi del Río, señala que compensar a las víctimas de un hecho ilícito es una visión demasiado estrecha de la responsabilidad extracontractual; considera el autor que ante el fraude civil la procedencia de un elemento sancionador desempeñaría un rol útil y beneficioso (2012: 14).

daño en materia de derechos ambientales. Así, en el artículo primero se consagró el principio de precaución, conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente. En ese sentido, se evita que se produzca el daño con base en un temor social y no en la proximidad de un daño cierto.

En Colombia, recientemente la Corte Constitucional en su sentencia T-1077 del 2012 ordenó al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones que, en aplicación del principio de precaución, regule la distancia prudente entre las torres de telefonía móvil y las viviendas, instituciones educativas, hospitales y hogares geriátricos. En el caso analizado por la corporación se dispuso de las herramientas jurídicas para evitar el temor de la comunidad. La decisión se profirió sin la presencia de dictámenes científicos que generaran certeza sobre la inminencia, la proximidad o la gravedad del daño[5]. Con la adopción y el desarrollo del principio de precaución se puede afirmar que el ordenamiento jurídico cuenta con los mecanismos para evitar la ocurrencia del daño.

Los medios preventivos están dispuestos para evitar el acaecimiento del daño. En ese sentido, los mecanismos preventivos establecen las bases para una convivencia pacífica en comunidad. No obstante, la prevención del daño dispuesta en la norma fundamental no siempre es suficiente. La prevención del daño no solo debe recaer sobre las circunstancias específicas, tales como la proximidad de la vulneración de un derecho fundamental o el temor social ante las consecuencias de un daño medioambiental. Se requiere además que la prevención se dirija a quien irriga un daño para que se abstenga de volver a actuar de manera contraria a derecho, buscando que ese tipo de prevención tenga efectos en la comunidad en general. El profesor Pérez (1982) coincide con lo anterior afirmando que una justa pena, dentro de los límites indicados, tiene, naturalmente, también un efecto pedagógico o educativo.

En materia de derecho de consumo, la prevención mediante la acción de tutela y la acción popular resultaría aplicable. Sin embargo, la carga probatoria sobre la proximidad, inminencia y gravedad del daño

[5] En la sentencia C-293 del 2002 la Corte Constitucional se pronunció sobre los requisitos para la aplicación del principio de prevención, y estableció que para la aplicación de este no es necesaria la certeza científica sobre el daño.

corresponde al consumidor. Esa necesidad de probar los elementos para la procedencia de las acciones constitucionales dificulta el ejercicio del derecho subjetivo[6] pues, tratándose de la información errónea o deficiente, el daño se configura con el suministro de esta, sin que exista un momento previo en el que el consumidor pueda ubicarse para detener la ocurrencia del daño. Por lo tanto, la prevención a través de los mecanismos constituciones resulta ser deficiente al momento de prevenir el daño a la confianza.

No obstante, la prevención del daño es necesaria. Por lo tanto, el ordenamiento jurídico tiene que implementar mecanismos con los cuales se disuada a los asociados de cometer daños a otros. Así, en desarrollo del principio *neminem laedere*, las herramientas del sistema de responsabilidad civil deben permitir una convivencia pacífica, en la que en las relaciones de confianza se establezcan sobre el convencimiento de que nadie la transgredirá. En ese sentido, se hace necesario adoptar una figura que permita la prevención general a partir de la situación particular en la que se haya ocasionado la transgresión de la confianza, que al ser una sanción patrimonial no viola la dignidad del demandado.

En su texto *Las transformaciones funcionales del sistema de responsabilidad civil*, Fernández (2001) propone que "los criterios de prevención que se adopten y la decisión que se tome sobre [el] incentivo ó desincentivo de una actividad a nivel macro-sistémico; tendrán incidencia sobre las funciones reparatoria y distributiva de la responsabilidad civil a nivel micro sistémico" (p. 18). La posición del citado autor respalda el enfoque que hasta ahora le hemos venido dando a la necesidad de la prevención como forma de reparar la confianza de la víctima y de la sociedad.

La función preventiva aludida se diferencia de la prevención contenida en las acciones constitucionales en que las últimas previenen situaciones especiales y específicas en las que solo se evita la producción del daño al titular del derecho subjetivo. La prevención, como función que se predica del sistema de responsabilidad civil, tiene como objetivo proteger la estabilidad de las relaciones sociales y mantener la convivencia como fin del Estado.

[6] Se llama la atención del lector en cuanto a la diferencia entre la esfera preventiva de las acciones constitucionales precitadas y su esfera reparadora. En ese sentido debe entenderse que la dificultad aludida se predica únicamente de la esfera preventiva de dichas acciones.

C) *Función sancionadora: una forma de reparación del daño a la confianza*

La pluralidad de funciones del sistema de responsabilidad civil es consecuencia de la necesidad de restablecer el equilibrio perdido con el hecho dañoso. Sin embargo, la selección de la función aplicable dependerá del caso concreto. El supuesto de hecho determinará la solución jurídica aplicable, sin que eso implique que en todos los casos la consecuencia será negativa. En ese sentido, cuando el daño es resultado de un hecho involuntario, la esfera interior del individuo es la única que es lesionada. En esas circunstancias, la compensación de los daños causados resulta ser suficiente para la reparación integral de la víctima. La situación es diferente cuando la víctima ha establecido una relación de confianza con su agresor, quien de manera consiente y malintencionada le causa un daño. Cuando el daño afecta la confianza —bien jurídicamente tutelable— se afecta la esfera interna y externa del individuo, forzando al sistema de responsabilidad civil a hacer uso de la función compensadora, preventiva y sancionadora, en aras de restablecer el equilibrio quebrantado.

Ante la ocurrencia de una conducta reprochable, la primera sanción que surge es el reproche interno o el temor a un ser superior. Este reproche no genera consecuencias externas. Por otro lado, se advierte el reproche social. La sociedad en general se considera afectada, la sanción ante la ocurrencia de ese hecho que afecta a los miembros del grupo es impuesta por ellos mismos, de manera voluntaria o involuntaria, y se materializa con la exclusión del responsable. Esta facultad de la sociedad también ha sido denominada "expulsión" (Pérez, 1982). Por último, surge el reproche institucionalizado, el reproche del Estado. El ordenamiento jurídico emplea los mecanismos legales para que el responsable sufra las consecuencias de su conducta. Si la conducta se enmarca en el área del derecho penal, esto es, una conducta típica, antijurídica y culpable, se impondrá una sanción propia de esa área del derecho. Si comporta afectación de bienes jurídicos protegidos por otras disciplinas jurídicas, el ordenamiento dará una respuesta especial a cada uno de los supuestos de hecho en los que se incurra.

El concepto de *sanción* en el derecho civil ha sido rechazado por la doctrina. La desacertada concepción de que la sanción es de uso exclusivo del derecho penal ha llevado a que en el derecho moderno se hayan obviado las figuras sancionadoras en el derecho civil. No obstante, la *sanción* no es un término ajeno al derecho civil. La sanción

es el mecanismo coercitivo apropiado para mantener la sujeción de los asociados a las normas de las diferentes áreas del derecho.

Sin embargo, aun cuando se ha determinado que la sanción es un elemento propio del derecho civil, afirmar que la sanción es una forma de reparación será una tesis que en sus inicios causará rechazo, pero admitirlo será la única forma posible de reparación integral del daño a la confianza. La sanción tiene efectos en el sujeto activo y en el sujeto pasivo de la conducta dañosa. Tratándose del sujeto activo, la sanción cumple una función retributiva; quien ha transgredido un deber y ha actuado de manera malintencionada en contra de sus semejantes se encuentra en el deber jurídico de restablecer el orden que ha transgredido.

La connotación social de la sanción se establece como una forma de reparar a la sociedad del daño causado a su estructura. Cuando se impone una sanción injusta, la generalidad se ve afectada de manera negativa, se degrada la imagen de la justicia y crece el temor a la victimización. Por el contrario, cuando se trata de una sanción justa, impuesta a quien generó un quebranto en el funcionamiento de la sociedad, los miembros de la sociedad deben sentir que el orden ha sido restablecido y que pueden volver a confiar.

El fundamento para la imposición de una sanción, en materia de responsabilidad civil, para la empresa Jorge Hané Laboratories Colombia, por el suministro de información errónea, se encuentra dirigido a fomentar una conciencia de protección a los consumidores. De hecho, la función disuasiva de la sanción salta a la vista ya que el menoscabo patrimonial que sufre el comerciante debe llevarlo a tomar medidas para que en futuras ocasiones no se vuelva a generar un daño similar. El convencimiento de que el comerciante evitará futuros daños restablecerá la confianza de los individuos en el sistema económico y en la sociedad en general.

4. "PUNITIVE DAMAGES": UNA FIGURA RETRIBUTIVA, PREVENTIVA Y REPARADORA

La necesidad de una reparación integral del daño a la confianza social implica que se acuda a la función compensatoria, preventiva y sancionadora de la responsabilidad civil. Sin embargo, la aplicación de las funciones de la responsabilidad civil a las que se debe acudir para la reparación de esa tipología de daño se debe dar en un único escenario, es decir, identificando una figura que reúna todas las funciones necesarias para dejar a la víctima y a la sociedad indemnes.

En los países regidos por el *common law* se acogió la institución de los *punitive damages*. Con ello se reconoció que existían hechos que merecían, además de la obligación de reparar el daño, una respuesta sancionadora del ordenamiento jurídico, por haberse transgredido, de manera inhumana, desnaturalizada y malintencionada, intereses de gran importancia para la víctima.

El desarrollo tecnológico y científico de los países del *common law* ha permitido un avance importante en el sistema de responsabilidad civil. En esos países, la generación de daños se analiza como un problema colectivo y no individual (Fernández, 2001), situación que ha permitido que el sistema de responsabilidad civil no se centre en compensar a la víctima, sino también en restablecer el orden social.

El sistema de derecho civil colombiano, aunque es más estático, admite en su interior la sanción como un medio para restablecer el equilibrio y garantizar el orden jurídico. En ese sentido, la figura sancionadora no es ajena a nuestro sistema de norma. Como lo afirma Aguirre Villareal (2008), implementar la figura del daño punitivo en los sistemas del *civil law* no es equivalente a promulgar un cambio de sistema, implica un cambio en las necesidades de la comunidad. La admisibilidad de la sanción no responde al tipo de sistema normativo, la sanción es admisible siempre que exista un fundamento jurídico para su aplicación.

Teniendo en cuenta lo anterior, se ha contemplado la posibilidad de admitir los *punitive damages* o la multa civil en los países del *civil law*[7], como respuesta a hechos dañosos en los que queda en evidencia un desprecio por los intereses de los demás. Así, se emplea la función compensadora, preventiva y sancionadora del sistema de responsabilidad civil mediante una figura que logra hacer coexistir todas las funciones bajo una única condena, con lo que se elimina la incompatibilidad con el principio que establece que nadie puede ser condenado varias veces por un mismo hecho.

La figura sancionadora del *common law* busca tomar al responsable y hacer de él un ejemplo, para que la sociedad comprenda que no es admisible el comportamiento contrario a las normas jurídicas. En ese sentido, la proyección que se hace de la sentencia condenatoria logra

[7] La evolución de los sistemas de derecho continental hacia la evolución de los daños punitivos inició por la República Argentina, en la que en sus inicios se admitió en el marco del derecho de consumo y en la actualidad se pretende incluir en la reforma del Código Civil.

generar un impacto negativo sobre quienes han actuado o pretendían actuar de la misma manera que el condenado, con lo que se busca disuadirlos de continuar cometiendo conductas lesivas; y un impacto positivo sobre quienes esperan una reacción del ordenamiento jurídico en aras de restablecer el equilibrio perdido. En materia de consumo —tema que ocupa nuestra atención—, la prevención que se logra con la imposición de la pena civil tiene efecto en todos los comerciantes, pues se identifican como una clase, y logra establecer similitudes entre ellos. Por su parte, los consumidores advierten una protección especial del ordenamiento jurídico, toda vez que comprenden la importancia para el comerciante de evitar los altos costos que podría ocasionar una medida sancionadora.

Como se ha venido afirmando, los también llamados "daños ejemplarizantes" tienen como función disuadir a quienes se encuentran próximos a cometer una conducta productora de daño, en condiciones en las que se olvida la humanidad de la víctima. Sin embargo, esa no es la única función que cumple. De la condena de daños punitivos se infiere, como la etimología de la palabra lo indica, una sanción. La sanción trae consigo la función preventiva y retributiva. La condena por daños punitivos busca que el responsable restablezca lo dañado y logre llevar las cosas al estado en que se encontraba antes de la ocurrencia del daño. En ese sentido, se estudia el beneficio que obtuvo y la satisfacción generada en aras de buscar un correcto equilibrio.

La importancia de la sanción radica en la retribución del daño, en la disuasión al responsable, para que en un futuro no vuelva a causar daño semejante; en la prevención que ella logra frente al resto de miembros de la comunidad, que se abstendrán de ocasionar daños similares; y, por último, en el convencimiento de la víctima de que ni quien causó su daño ni ningún otro miembro del grupo social volverá a cometer la conducta sancionada. Así las cosas, la sanción se constituye como un mecanismo indispensable para mantener el equilibrio social y una convivencia armónica.

Sin embargo, como lo afirmaba Durkheim (2001), la función del derecho civil es retributiva y no represiva. La represión es una función propia del derecho penal. En ese sentido, es necesario recordar que la adopción de figuras sancionadoras en el derecho civil más que ejercer un poder represivo busca restablecer el equilibrio quebrantado por un hecho dañoso y mantener el orden público. En ese sentido, la figura sancionadora busca, además de castigar, retribuir y compensar las consecuencias del daño, no solo en la víctima, sino en la sociedad en general.

En esos términos, la compensación no resulta sino como un elemento más del daño punitivo. La afirmación podría generar un rechazo a primera vista, sin embargo, el daño punitivo no puede mirarse de manera aislada, sino estrechamente vinculado al daño que se repara con su imposición judicial. Nos enfrentamos así al primer problema que pretendemos superar: la necesidad de identificar una figura que justifique la adopción de una sanción en el sistema de responsabilidad civil.

La regla de la compensación —regla principal en el sistema de reparación de daños en Colombia— establece la necesidad de devolver lo perdido con iguales características y en las mismas condiciones en las que se encontraba. Cuando se trata de un bien que no tiene equivalencia en el mercado, la compensación se hace en dinero o en un bien que tenga valor en el comercio, pero siempre guardando los límites de la equivalencia con lo perdido.

En los países del *civil law* en los que se ha admitido la figura de daños punitivos, o de la multa civil, se ha hecho por imposición legal. Así, se reconoce que la sanción es acorde al ordenamiento jurídico por estar contenida en un cuerpo normativo. No obstante la validez material que aporta la pertenencia a un sistema normativo, en la presente investigación se ha identificado una forma de admitir la figura de manera directa por su correspondencia con los fines del Estado, estableciendo así una teoría jurídica que fundamente la adopción, ya sea legal o jurisprudencial, de la figura sancionadora en el marco de la responsabilidad civil.

Tal como se ha venido expresando, el daño a la confianza no puede ser reparado con mecanismos en los que solo se tenga en cuenta a la víctima. Este tipo de daños también se le ocasiona al resto de la sociedad y merece una reparación supraindividual. El sistema de roles se ve quebrantado por la actuación desviada de un asociado y su reparación debe tender no solo a que la víctima reciba lo que perdió: se requiere, además, que la víctima y la sociedad tengan certeza de que el hecho no volverá a ser cometido. La víctima ha perdido la confianza, bien jurídico que debe ser devuelto en iguales condiciones en las que se encontraba. No obstante, por la complejidad del restablecimiento de una situación que afecta a la generalidad, se requiere que se pongan en marcha los mecanismos legales que hemos venido planteando. Así, la aplicación de la sanción va encaminada a compensar lo perdido, a restablecer la confianza.

CONCLUSIONES

Primera: El sistema jurídico colombiano no brinda las herramientas suficientes para dejar a las víctimas indemnes. Las consecuencias jurídicas que establecen el Código Civil y del Estatuto de Protección al Consumidor, ante el incumplimiento contractual, cuando la conducta es cometida de manera malintencionada y en contra de las instituciones establecidas por la sociedad, no son acordes con una reparación justa, que permita dejar a las víctimas y a la comunidad en las condiciones en las que se encontraban antes de la ocurrencia del daño. Por lo tanto, solo desde el reconocimiento del daño que se genera con la comisión de ese tipo de conductas y el impacto que se genera en la sociedad se logra establecer un mecanismo idóneo para su reparación.

Segunda: En los países en que se han reconocido los *punitive damages* se ha optado por un tipo de reparación que tiene un componente sancionador y disuasivo, con lo que se busca restablecer la confianza de los miembros de la comunidad y castigar a quien, con su conducta, ha quebrantado las relaciones sociales. La situación jurídica en Argentina y Estados Unidos permite que aquel que ha cometido una conducta calificada como malintencionada y en contra de la humanidad del o de los reclamantes se condene a reparar por un valor superior a la reparación que hubiera correspondido si la conducta se hubiera dado sin mediar la intención de causar el daño. Esos sistemas jurídicos brindan una reparación real a las víctimas y permiten que se restablezcan las relaciones, con miras en que los miembros de la comunidad confíen en que la actuación no se volverá a cometer.

BIBLIOGRAFÍA

Aguirre Villareal, L. E. (2008). Integration of punitive damages into countries with a civil law sistem: Mexico's case. *ProQuest, UMI Dissertations Publishing*, 1-24.

Amraoui, L., & Páramo Morales, D. (2006: 8). Relación entre el riesgo y la confianza en la marca. Estudio exploratorio en Francia. *Pensamiento y gestión* (22), 1-22.

Ariza Fortich, A. (2010). El factor de imputación de la responsabilidad profesional en la doctrina moderna. *Revista de Derecho* [*online*] (32), 306-342.

Baird, D. G., & Gertner, R. (2003). *Game Theory and the Law*. Harvard University Press.

Bernal Fandiño, M. (2010). La doctrina de los actos propios y la interpretación del contrato. *Vniversitas* (120), 253-269.

Blanco Zúñiga, G. (2007). *Sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico colombiano*. Barranquilla: Ediciones Uninorte.

Castells, M. (2001). *La era de la información: economía, sociedad y cultura*. México: Siglo XXI.

Coderch, P. S. (2000). Causalidad y responsabilidad. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* (1), 1-14.

Conde Marín, E. (2007). *La buena fe en el contrato de trabajo: un estudio de la buena fe como elemento de integración del contrato de trabajo*. Madrid: La Ley.

De la Maza, I. (2010). El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 21-52.

Durkheim, E. (2001). *La división del trabajo social*. Madrid: Akal.

Espinosa de Rueda Jover, M. (1986). Aspectos de la responsabilidad civil: con especial referncia al daño moral. *Anales del derecho*, 9, 41-68.

Fernández Cruz, G. (2001). Las trasnformaciones funcionales de la responsabilidad civil: La optica sistémica. *Ius et Veritas* (22), 11-33.

Fromm, E. (2000). *El arte de amar*. Bogotá : Skla.

Fucito, F. (1998). El carácter científico del conocimiento jurídico en el realismo norteamericano. *Anuario de filosofía jurídica y social, Asoaciación argentina de derecho comparado* (18).

Fucito, F. (1999). *Sociología del derecho*. Buenos Aires: Universidad.

Ghersi, C. A. (1996). *Contratos 1: Problematica moderna*. Mendoza: Cuyo.

Hasen, R. L. (2010). *Remedies*. Estados Unidos de América: Aspen.

Hurtado, A. L. (1991). *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.

Kotler, P., & Armstrong, G. (2001: xii). *Marketing*. México: Pearson Educación.

Krugman, Wells, & Olney. (2008). *Fundamentos de Economía*. Barcelona.

Largo Taboada, A. (2012). *Tensión entre economía y buena fe en la contratación contempranea*. Medellín: Universidad de Antioquia.

Llamas Pombo, Eugenio (2007). Prevención y reparación. Las dos caras del derecho de daños. *La responsabilidad civil y su problemática actual*, 443-477.

Levy, B., Watson, T., & Cutting, C. (1998). Bad enough to punish: The application of the responsability guidepost in punitive damages cases after *BMW v. Gore*. *FDCC Quarterly*, 1-44.

López Barja de Quiroga, J. (2004). *El principio* non bis in idem. Dykinson.

López Herrera, E. (2008). La función preventiva de la responsabilidad civil y su relación con otras funciones. *Revista Derecho de Daños*, 193-230.

Lorenzetti, R. L. (2000). La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza. *Direito do Consumidor*, 35.

Markel, D. (2009). How should punitive damages work? *University of Pennsylvania Law Review*, 1383-1484.

Martín Meléndez, M. T. (2004). Fundamento de la atribución del uso de vivienda familiar al esposo no titular y de su privación al titular en los casos de separación, divorcio y nulidad de matrimonio. En J. M. González Porras, & F. Méndez González, *Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García* (vol. 1, pp. 3099-3116), Madrid.

Maya Betancourt, A. &. (2003). *Inteligencia emocional y educacion*. Bogotá: Magisterio.

Molina Sandoval, C. A. (2008). *Derecho de consumo*. Córdoba: Advocatus.

Mosset Iturraspe, J., & Piedecasas, M. A. (2006). *Responsabilidad precontractual*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Mosset Iturraspe, J., & Piedecasas, M. A. (2007). *Responsabilidad contractual*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Mosset Iturraspe, J. (2011-2). Cámara Civil, Sala II de Mar del Plata. *Derecho de daños*.

Nino, C. S. (2001). *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona: Ariel.

Oviedo Alban, J. (2008). Tratos preliminares y responsabilidad precontractual. *Vniversitas* (115), 83-116.

Pérez, L. C. (1982). *Derecho penal: partes especial y general*, tomo II. Bogotá: Temis.

Posner, R. A. (2005). El análisis económico del derecho en el sistema romano-gemánica, y en las naciones en desarrollo. *Revista de Economía y Derecho*, 2 (7), 7-16.

Ramos Pazos, R. (1999). *De las obligaciones*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.

Rodríguez, A. A., Vadanovic, A., & Somarriva, M. (1998). *Tratado de derecho civil: parte preliminar y general*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.

San Martín Gutiérrez, S., Gutiérrez Cillán, J., & Camarero Izquierdo, M. C. (2005). Oportunismo y confianza en las relaciones empresa-consumidor. *Cuadernos de Economía y Dirección de Empresa* (23), 31-60.

Secundum Corpus Juris. (2002), vol. 25.

Sharkey, C. M. (2003). Punitive Damages as Societal Damages. *Yale Law Journal*: 113:347. Disponible en Yalelawjournal.org: 347-453.

Shea, C. (2006). Separating compensatory and punitive damage award decisions by trial bifurcation. *Law and Human Behavior*, 30, 11-30.

Solarte Rodriguez, A. (2004). La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. *Vniversitas*, 281-315.

Stiglitz, R. S. (1997). La obligación precontractual y contractual de la información. El deber de consejo. *Direito do Consumidor*, 22, 9.

Trigo Represas, F. A. (2008). La prevención y el daño punitivo. *Revista de Derecho de Daños*, 27-48.

Vázquez Pérez, A. J. (2011). El contrato de seguro y el nuevo rumbo de la interpretación contractual en Cuba. *Scielo*.

Weingarten, C. (1999). El valor económico de la confianza para empresas y consumidores. *Instituto Antioqueño de Responsabilidad civil y del Estado* (7), 43-62.

Capítulo V

La responsabilidad por productos defectuosos en el nuevo Estatuto del Consumidor: análisis, retos y perspectivas[*]

Diego Fernando Ramírez Sierra[**]

Introducción

La modernidad avanzada, caracterizada por la diversificación de actividades económicas, el crecimiento exponencial de las fuerzas de producción, el empleo de nuevas energías y materiales, la producción a gran escala y la masificación del consumo, al tiempo que ha permitido el desarrollo de nuevos procesos de producción, que generan enormes expectativas de mejoramiento de la calidad de vida de las personas, ha introducido, en palabras de Andorno (2002), "situaciones de riesgo inéditas, que tienen en algunos casos una dimensión global, en cuanto son susceptibles de afectar al medio ambiente planetario o a masas enteras de la población" (citado por López Mesa, 2009, p. 534).

En este sentido, mientras durante mucho tiempo con apoyo en el postulado del *in dubio pro progressu* fue aplazada la discusión de los riesgos asociados al desarrollo, los que se tenían por inexistentes "hasta nuevo aviso" (Beck, 2006, p. 49) o se consideraban "una consecuencia necesaria para la búsqueda del bien común" (Zornosa Prieto, 2012, pp. 198-199)[1], los daños asociados al progreso industrial han tornado

[*] Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2017.164.

[**] Abogado egresado de la Universidad Libre y filósofo egresado de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Tributario de la Universidad del Rosario y magíster en Responsabilidad Contractual y Extracontractual Civil y del Estado de la Universidad Externado de Colombia. En la actualidad adelanta estudios de doctorado en la Universidad de los Andes. Temas de investigación: responsabilidad civil, derecho privado y derecho del consumo. Correo electrónico: df.ramirezs@uniandes.edu.co.

[1] Sobre este particular se ha hecho notar que "[...] la convicción generalizada de que el progreso fomentaría el incremento de los niveles de riqueza y de los posibilidades de trabajo, disminuiría la hambruna, controlaría las enfermedades, soslayó el análisis de las consecuencias nocivas de la generación de riesgos" (Zornosa Prieto, 2012, p. 203).

impostergable en nuestros días la pregunta ausente hasta bien entrado el siglo XX (Zornosa Prieto, 2012, p. 199) por los límites del progreso y por el precio que estamos dispuestos a pagar por este[2]. Los resultados indeseados del progreso han cuestionado la idea de que el desarrollo científico implique siempre e inexorablemente el mejoramiento continuo de las condiciones de vida de la humanidad.

Esos resultados indeseados han propiciado el desencantamiento de la ciencia y de la técnica, pues estas pasaron a ser vistas "como posible origen de problemas y fallos" (Beck, 2006, p. 266), es decir, como "creadoras de riesgo y de situaciones de peligro" (Pérez Salas, 2007, p. 47). Lo anterior ha significado el reconocimiento de que "[...] la producción social de riqueza va acompañada sistemáticamente por la producción social de riesgos" (Beck, 2006, p. 29). Tales riesgos se han convertido así en una condición ínsita, inherente o connatural al progreso mismo[3].

Ese cambio en las situaciones sociales y económicas no se vio reflejado inicialmente en un cambio o actualización de las reglas del sistema jurídico. En efecto, cuando las primeras víctimas del daño industrial, a saber, los trabajadores y operarios de las máquinas trataron de obtener la reparación de los daños derivados del mal funcionamiento de las cosas se hicieron evidentes las limitaciones de las grandes codificaciones, aquellas que vieron la luz durante el siglo XIX. Los principales inconvenientes de los códigos clásicos para responder a las demandas promovidas por las víctimas del desarrollo industrial se derivaron de la exigencia de la existencia de una culpa del empresario como condición de reparación, mientras que, por el contrario, los daños eran resultado por lo regular del funcionamiento autónomo de las cosas cuando estas eran generalmente manipuladas por las propias víctimas, sin que el empresario ejerciera en ese momento control alguno sobre la maquinaria. A lo anterior se sumaba que en ausencia de todo vínculo contractual

[2] En la modernidad se advierte que los riesgos "[...] crean más tarde o más temprano amenazas que a su vez relativizan las ventajas vinculadas con ellos" (Beck, 2006, p. 66). En este sentido, se afirma que el precio "[...] que el hombre contemporáneo ha pagado por el gran desarrollo tecnológico del siglo XX, es su propia inseguridad" (Sarmiento García, 2009, p. 229).

[3] Para Beck (2006), nuestra preocupación principal está constituida por "¿Cómo se pueden evitar, minimizar, dramatizar y canalizar los riesgos y peligros que se han producido sistemáticamente en el proceso avanzado de modernización y limitarlos y repartirlos allí donde hayan visto la luz del mundo en la figura de «efectos secundarios latentes» de modo que ni obstaculicen el proceso de modernización ni sobrepasen los límites de lo «soportable» (ecológica, médica, psicológica, socialmente)?" (p. 30).

la víctima tampoco podía ir en contra del fabricante pues, se sostenía, "solo el vendedor y solo el comprador pueden hacer uso de la relación jurídica surgida del contrato" (Tamayo Jaramillo, 2016, p. xxvii).

No hubo de pasar mucho tiempo para que aparecieran nuevos afectados del progreso industrial: dentro de las nuevas víctimas se incluyeron los consumidores. En efecto, los productos elaborados no solo comenzaron a ser fuente de daños para la salud e integridad de las personas, sino que mostraron su aptitud para afectar a sectores más o menos extensos de la sociedad. En este nuevo orden mundial de producción y consumo el producto defectuoso hizo su aparición como un sucedáneo o subproducto propio o "natural" de una sociedad altamente industrializada y globalmente interconectada, producto que opera como canal de esparcimiento y distribución de los riesgos inherentes a la modernidad avanzada.

Los riesgos asociados a este nuevo evento se caracterizan porque tienen la aptitud de causar daños sistemáticos, a menudo seriados, masivos e irreversibles, incalculables e impredecibles, capaces de originar una amenaza global de daños, que en ocasiones "no se agotan en consecuencias y daños que ya han tenido lugar, sino que contienen esencialmente un componente futuro" (Beck, 2006, p. 48).

En este contexto, los códigos decimonónicos mostraron su incapacidad para dar adecuada solución a la conflictividad social que comenzó a generarse[4], pues sus disposiciones solo preveían, para los casos de productos inseguros, la figura del saneamiento de los llamados "vicios redhibitorios" (Tamayo Jaramillo, 2016, p. xxiii). Sin embargo, los ejes de esta regulación, enmarcada principalmente en la idea de contrato, resultaban incapaces de ofrecer una solución a las víctimas del progreso industrial, debido a que, por un lado, productor y consumidor no se encontraban vinculados por un acuerdo negocial y, por otro, el productor o vendedor no conocía la peligrosidad excepcional que el producto incorporaba.

La constatación de que la relación que mediaba entre el consumidor y el fabricante poseía unos contornos distintos, para los que el marco del contrato resultaba insuficiente, propició el surgimiento de nuevas formas

[4] La Corte Suprema de Justicia colombiana ha expresado que "Ese irrefrenable desarrollo tecnológico genera hoy una fisura entre empresarios y consumidores, entre profesionales y legos, cuya superación impone a los juzgadores nuevos desafíos que no pueden ser aprehendidos y cabalmente afrontados con irrestricto apego a los principios decimonónicos que inspiraron el Código Civil" (CSJ, Cas. civil, 30 de abril del 2009. M. P.: Pedro Octavio Munar Cadena, expediente: 1999 00629 01).

de regulación. En este escenario hicieron su aparición los estatutos de protección al consumidor como cuerpos normativos independientes con los cuales se buscó solucionar "un problema típico de la sociedad moderna de producción y consumo de masas, que no estaba resuelto explícitamente en el Código Civil, y en donde el fabricante se dirige [...] directamente al consumidor, para generar en él una confianza [...]" (Visintini, 2015, pp. 235-236). Para esta nueva regulación resultaron estorbosas o caducas las clásicas divisiones del derecho entre derecho público y derecho privado, derecho civil y derecho comercial (Aramburo Calle, 2015, p. 189), e incluso derecho contractual y derecho extracontractual (Aramburo Calle, 2015, p. 190; Tamayo Jaramillo, 2016, p. xxiv). En efecto, los estatutos de protección al consumidor "no obedecen a la lógica del llamado principio de relatividad de los contratos, llegándose incluso a hablar un 'desmoronamiento' del mismo en estos ámbitos" (Espinosa Apráez, 2015, p. 389), sino que se estructuran sobre la figura de la "relación de consumo". Mediante esta se pretende vincular al consumidor con los distintos sujetos que hacen parte de la cadena económica de producción, distribución y comercialización del producto, buscando por esta vía la tutela efectiva de sus derechos.

El objetivo central del derecho del consumo es, por tanto, mediar en la relación que se genera entre comerciantes y consumidores, tratando de fijar un factor de equilibrio entre ellos. Dentro de sus normas, como ocurre en Colombia, aparece diseñado un régimen de responsabilidad especial, particular y concreto aplicable a los daños causados por productos defectuosos. Son tantas y tan importantes las particularidades de dicho régimen que no es extraño que la doctrina se pregunte por su naturaleza: en efecto, mientras algunos autores consideran que se trata de una responsabilidad extracontractual (Tamayo Jaramillo, 2016, p. 53), otros, por el contrario, ven en sus normas un régimen autónomo (Aramburo Calle, 2015, p. 190), especial, independiente e incluso "sui generis" (Zalamea Lechtman, 2014, p. 64).

En este artículo pretendemos dar cuenta de los avances que en relación con la responsabilidad por productos defectuosos introdujo en nuestro ordenamiento la Ley 1480 del 2011 (por medio de la cual se expidió un nuevo Estatuto del Consumidor, en adelante el Estatuto o EC). En un primer momento nos ocupamos de la noción de "producto defectuoso" y de la pregunta por el fundamento de este régimen de responsabilidad. Luego examinamos las disposiciones que lo integran para mostrar los rasgos y particularidades del régimen de responsabilidad allí incluido. En la tercera sección identificamos los principales

aspectos que habrían de considerarse con miras en una futura reforma legislativa. Y en la parte final presentamos las principales conclusiones de tal análisis.

1. Productos defectuosos

A) *La noción de "producto"*

En general, se entiende por "producto" todo bien, cosa o artefacto —y en ocasiones también servicio— cuya nota característica es la de haber ingresado al mercado luego de un proceso de producción, transformación, elaboración, complementación, acondicionamiento, incorporación, entre otros, por virtud del cual resultan alteradas, modificadas, reordenadas o potenciadas sus características, propiedades, usos y condiciones anteriores. A pesar de lo anterior, como tendremos oportunidad de explicarlo más adelante, en la actualidad se discute la posibilidad de incluir dentro de esta categoría tanto las materias primas no elaboradas como los productos del cuerpo humano, pues en las condiciones actuales también estos pueden implicar un riesgo para la salud y seguridad de los consumidores.

B) *La noción de "producto defectuoso"*

Un producto se considera defectuoso cuando "no ofrece la seguridad que se puede legítimamente esperar" (artículo 6.º de la Directiva 85/374 de la Unión Europea), esto es, aquella que, en palabras de Marée Perrine (1985), "[...] un consumidor medio tiene derecho a esperar, sin consideración al comportamiento del fabricante" (citado por Tamayo Jaramillo, 1998, p. 36)[5].

La responsabilidad por productos defectuosos no se relaciona con la calidad o idoneidad de estos, es decir, con su aptitud para cumplir el propósito para el cual han sido diseñados o comercializados, sino con su carácter inseguro. Lo anterior determina, entre otras cosas, que la responsabilidad por productos defectuosos tenga un régimen distinto del previsto para las garantías de calidad y eficiencia (Tamayo Jaramillo, 2016, p. 27). En efecto, la noción de "defecto" no se corresponde con los llamados "vicios ocultos" o "redhibitorios", esto es, los que

[5] Para Tamayo, el concepto de "defecto" "[...] está claramente relacionado con la seguridad que el producto pueda brindar a las personas y a las cosas" (Tamayo Jaramillo,1998, p. 36).

imposibilitan o dificultan el empleo de la cosa para su uso natural[6], ni alude tampoco a la ineficiencia, inoperancia o inutilidad del producto, "ni a su falta de aptitud para el uso para el que fue adquirido; sino a la ausencia de las condiciones de seguridad a que tiene derecho el público, excluyendo, por supuesto, cualquier utilización abusiva" (Chavarro Cadena, 2012, p. 35). En este sentido, la noción de "producto defectuoso" tiene como eje principal la consideración de "[...] la seguridad de las personas que de una u otra manera están expuestas a los peligros de la utilización de un producto" (Tamayo Jaramillo, 1998, p. 35).

El régimen de responsabilidad por productos defectuosos se ha aplicado a una lista cada vez más numerosa de situaciones en las cuales el producto o servicio frustra las expectativas de inocuidad del consumidor. Dentro de los muchos casos en los cuales se ha considerado que el producto es defectuoso, podemos enlistar los siguientes eventos que hacen patente la importancia y el carácter expansivo de esta regulación: productos alimenticios estropeados que intoxican o enferman a quienes los consumen[7]; electrodomésticos que se incendian; botellas de bebidas gaseosas que explotan súbitamente a pesar de su empleo adecuado por el consumidor[8]; elementos extraños en un alimento que causan heridas en el sistema digestivo de quienes los consumen[9]; vehículos automotores cuyos mandos no responden[10]; herramientas que expulsan piezas que causan heridas a su operario[11]; manijas que se rompen, lo cual genera el derramamiento del producto contenido en los recipientes, que causa lesiones al cliente; daños causados por disolventes para uso doméstico que carecen de la necesaria información sobre su peligrosidad; explosión de un cilindro "de gas que contenía anhídrido carbónico" (Mezzasoma, 2012, pp. 222-223); funcionamiento anormal de productos pirotécnicos[12]; calderas que explotan a causa de defectos en su construcción; quiebre de una escalera de mano que causa lesiones

[6] Sin perjuicio, claro está, de que al mismo tiempo se pueda presentar "el vicio redhibitorio, la falta de eficiencia y el defecto" (Tamayo Jaramillo,1998, pp. 35-36).

[7] Cour de Cassation. Ch. Com. 21 janvier 1992. SA Lachaise c/SA Faure Charcuterie Enval. También puede examinarse el denominado caso "Saiwa" fallado en Italia el 25 mayo de 1964 (Cas. n.º 1270), promovido por "un matrimonio [que] había contraído una enfermedad por la ingesta de unas galletas averiadas" (Visintini, 2015, p. 238).

[8] Corte Suprema de California, caso "Escola v. Coca Cola Bottling Co. Of Fresno".

[9] "Coca-Cola Bottling Works v. Lyons" (1927).

[10] Corte Suprema de Nueva Jersey, caso "Henningsen v. Bloomfield Motors".

[11] Corte Suprema de Califórnia, caso "Greenman v. Yuba Power Products Inc.".

[12] Casación italiana n.º 12720 del 15 de junio del 2005 (Visintini, 2015, p. 243).

al usuario; daños causados como consecuencia del rompimiento de la barra de una bicicleta que se había comprado días antes (Mezzasoma, 2012, p. 242); "deshinchamiento de una prótesis mamaria, sólo dos años después de su implantación, con la contemporánea salida del líquido salino contenido en ella" (Mezzasoma, 2012, p. 248)[13]; explosión de una motocicleta debido a que el tanque de combustible, luego de un choque, no se separó del chasis; daños causados por herbicidas; neumático que explota un mes después de ser montado; desprendimiento de un componente de un juguete, que causa lesiones oculares; productos químicos para la limpieza que explotan; daños sufridos por un automovilista "[...] por el mal funcionamiento, en caso de accidente, de los dispositivos de seguridad (cinturones de seguridad y *airbag*)" (Mezzasoma, 2012, p. 253); medicamento para reducir las náuseas y los malestares de las madres gestantes que provoca el nacimiento de niños con malformaciones genéticas[14]; daños causados al paciente por una cápsula o envoltorio no digerible de un medicamento[15]; "existencia de virus activos en una [...] vacuna" (Messina de la Estrella Gutiérrez 1989, 78) que provoca el contagio de la enfermedad en sus destinatarios[16]; insulina que contenía asbesto "que produjo cáncer y otros tipos graves de trastornos a los consumidores"[17]; cigarrillos que se ofrecían como inofensivos a los consumidores, quienes, a pesar de lo cual, desarrollaron cáncer (Santos Ballesteros, 2008)[18]; quemaduras en la piel asociadas a la falta de información acerca de los componentes, peligrosidad o instrucciones relativas al uso y manejo de un cemento en caso de contacto con la piel[19]; entre muchos otros.

En todos estos eventos el producto, considerando su clase, condiciones, materiales e información suministrada, violó la expectativa de

[13] También abordado en Italia: Cas. italiana n.º 6007, 17 de marzo del 2007 (Visintini, 2015, p. 243).

[14] Talidomida.

[15] Francia, Cass. 1ere civ., 3 de marzo de 1998, SA *Les laboratoires Léo c. Scovazzo et al*. [sentencia 432 P] (*Libro Verde. La responsabilidad civil por productos defectuosos*, 1999, pp. 17-18).

[16] Vacuna Salk.

[17] Caso "Prosser & Keeton" (Pizarro, 2006, t. II, p. 377).

[18] Caso "Cipollone vs. Ligget Group. Inc". En este caso se juzgó que el fabricante incurrió en una "misrepresentation" al otorgar al consumidor una "*express warranty* de seguridad, en su publicidad" (Santos Ballesteros, 2008, p. 185).

[19] Sentencia Ap. de Palencia, número 268 del 2005, del 2 de noviembre (AC2006, 105), citada por Gutiérrez (2008, p. 389).

inocuidad que legítimamente podía fundarse el consumidor. En dichos casos "se consideró que el producto 'no ofrece [u ofrecía] la seguridad que se puede legítimamente esperar'[20], causando daños a quienes con la finalidad de satisfacer una necesidad personal o familiar, o un requerimiento médico, clínico o estético, los emplearon, consumieron, utilizaron, manipularon u operaron como destinatarios finales" (Ramírez Sierra, 2015, p. 66). En tales eventos, los productos exteriorizaron como "[...] característica específica la de poseer un defecto, que aparece como fuente del evento dañoso y que son capaces de sorprender al consumidor, traicionando la confianza que en ellos se ha puesto" (Mezzasoma, 2012, pp. 231-232).

Como puede anticiparse, la responsabilidad que aquí se analiza no demanda que los productos sean absolutamente seguros, pues en muchos casos ellos son peligrosos en su estructura, e incluso es necesario que lo sean como ocurre, por ejemplo, con los insecticidas, las herramientas industriales, ciertos productos de limpieza, etc.; sin embargo, lo que se exige es que el producto no sea irrazonablemente inseguro, es decir, que no resulte inseguro más allá de las condiciones normales, habituales o previsibles de utilización.

En línea con lo anterior, por ejemplo, la Directiva Europea 2001/95/CE determina que un "producto seguro" es

> [...] cualquier producto que, en condiciones de utilización normales o razonablemente previsibles, incluidas las condiciones de duración y, si procede, de puesta en servicio, instalación y de mantenimiento, no presente riesgo alguno o únicamente riesgos mínimos, compatibles con el uso del producto y considerados admisibles dentro del respeto de un nivel elevado de protección de la salud y de la seguridad de las personas, habida cuenta, en particular, de los siguientes elementos: i) características del producto, entre ellas su composición, envase, instrucciones de montaje y, si procede, instalación y mantenimiento, ii) efecto sobre otros productos cuando razonablemente se pueda prever la utilización del primero junto con los segundos, iii) presentación del producto, etiquetado, posibles avisos e instrucciones de uso y eliminación, así como cualquier otra indicación o información relativa al producto, iv) categorías de consumidores que estén en condiciones de riesgo en la utilización del producto, en particular los niños y las personas mayores.

[20] Artículo 6.º, Directiva 1985/25 de la Unión Europea.

Consideremos ahora los defectos de que puede adolecer un producto y que lo llevan a causar el daño fundamento de este régimen de responsabilidad.

C) *Clases de defectos o fuentes de daño*

Según la doctrina, "El daño causado por productos defectuosos puede provenir de un error en el diseño, producción, elaboración, transformación o embalaje del producto, o de una falencia en la información que es entregada al consumidor" (Ramírez Sierra, 2015, p. 67).

Examinemos cada una de tales hipótesis:

(1) Defecto de concepción, de diseño o de proyección[21]. En este caso, el diseño del producto resulta no ser "adecuado para la seguridad, de acuerdo con las necesidades, los costos o el desarrollo tecnológico" (Tamayo Jaramillo, 1998, p. 40)[22]. Se incurre también en este defecto cuando el producto es elaborado desatendiendo las normas o estándares científicos o técnicos correspondientes de forma tal que las condiciones internas o externas de este no corresponden a aquellas que poseen los productos que se elaboran dentro de la misma rama industrial o comercial. En este sentido, disentimos de la posición de Tamayo, quien considera que tal pretermisión configura un error de fabricación[23], pues en nuestro parecer tal desaprensión tiene lugar en la fase de proyección del producto: etapa previa a su elaboración.

[21] Llamados defectos "de diseño, de proyecto o de construcción en la terminología italiana" (Pizarro, 2006, t. II. p. 342).

[22] La doctrina ha elaborado un test para establecer si el producto ha sido indebidamente concebido. Bajo este deben considerarse los siguientes factores: "«(1) El carácter útil o necesario del producto para el utilizador o público en general; (2) Los aspectos de seguridad del producto, la probabilidad de que cause un perjuicio y el carácter serio de éste; (3) La existencia de un producto que tenga las mismas cualidades y no sea peligroso; (4) La posibilidad para el fabricante de eliminar las características peligrosas sin que ello obstaculice la utilidad del producto, o torne demasiado oneroso el mantenimiento de esta utilidad; (5) La posibilidad para el utilizador de evitar el peligro, ejerciendo un cierto cuidado en el uso del producto; (6) El conocimiento previo por el usuario, de los peligros inherentes al producto y la posibilidad para él, de poderlos evitar, sea porque ellos sean conocidos del público, sea que las informaciones y las advertencias necesarias hayan sido suministradas; (7) La posibilidad para el fabricante de repartir los costos de las pérdidas eventuales sobre el precio del producto, por el seguro»" (Marée Perrine, 1985, citada por Tamayo Jaramillo, 1998, p. 42).

[23] En efecto, en contraposición con nosotros, Tamayo considera que cuando el producto es elaborado "sin cumplir las normas desarrolladas hasta ese momento por el estado del arte, razón por la cual no posee las características de seguridad de los productos pertenecientes a la misma línea de fabricación" (Tamayo Jaramillo, 2016, p. 78), se incurre en un defecto de fabricación, y no de concepción, diseño o proyección.

(2) Defecto de fabricación o construcción. En este evento, el defecto se origina en la fase de producción o elaboración del producto, donde se altera "el resultado final esperado por el fabricante" (Ghersi, 2013, p. 195) y, desde luego, por el consumidor. Así, como consecuencia de alguna alteración que ocurre en la fase fabricación, el producto "no posee las características pertenecientes a la misma línea de fabricación, o [...] no posee las calidades y características prometidas o anunciadas por el fabricante" (Tamayo Jaramillo, 1998, p. 43). De esta forma, el "producto se desvía del diseño previsto, en virtud de deficiencias inadvertidas [...] que determinan que deje de funcionar de acuerdo a su destino" (Pizarro, 2006, pp. 342-343).

(3) Defecto de almacenamiento o embalaje. En este evento, aunque el producto se encuentra bien concebido y elaborado, el empresario lo ha dispuesto en un envase, contenedor o recipiente inadecuado o lo ha almacenado en condiciones térmicas, físicas, biológicas, químicas, entre otras, tales que el producto se torna por esa circunstancia defectuoso. En esta hipótesis, y también en la siguiente, es "difícil distinguir entre responsabilidad objetiva y responsabilidad culposa" (Tamayo Jaramillo, 2016, p. 79).

(4) Defecto de presentación por falta de información o deficiencia en las advertencias o instrucciones necesarias para el uso del producto. En este caso la información que acompaña al producto resulta insuficiente, incompleta o inadecuada para instruir al consumidor sobre la utilización del producto, su nocividad, las contraindicaciones (Santos Ballesteros, 2008, pp. 181-182), sus "riesgos intrínsecos" (Tamayo Jaramillo, 1998, p. 44), los riesgos asociados a su uso[24] o "[...] sobre los pasos a seguir en caso de que se produzca un daño derivado de ello" (Pizarro, 2006, p. 344)[25]. El carácter autónomo de este defecto implica que resulta indiferente en su determinación que medie o no un error de fabricación,

[24] Como "[...] ocurre con ciertos medicamentos que, aunque eficaces o elaborados de acuerdo con las especificaciones técnicas, no informan la forma correcta de uso, los efectos colaterales, etc., lo cual puede generar un daño a quien lo ingiere" (Ghersi, 2013, p. 195).

[25] La carga de información corresponde a un deber secundario de comportamiento, dentro de cuyas manifestaciones se encuentra "[...] el deber de informar acerca del uso de una cosa que se adquiere, el deber de publicar y hacer conocer los reglamentos en la prestación de servicios públicos, el compromiso de suministrar información sobre los potenciales riesgos que trae el consumo de determinados productos alimenticios, o la ingestión de drogas [...] cuya omisión puede dar origen a una indemnización por perjuicios [...], si por ejemplo, por falta de una debida información, se genera un daño a la vida o la integridad de los consumidores o adquirentes del bien o de quien en general recibe el servicio" (Santos Ballesteros, 2008 p. 155). Por tanto, las instrucciones "[t]ienen que ser claras, precisas y adecuadas para el peligro que se trata de prevenir" (Pizarro, 2006, p. 345).

diseño o embalaje, o que el producto sea intrínsecamente peligroso (tal como ocurre con las sustancias tóxicas, por ejemplo, los insecticidas, productos de limpieza, las armas, etc.), o que sea indebidamente utilizado[26]. Lo que se cuestiona a través de esta hipótesis es la ausencia de aquellas instrucciones "tendientes a evitar el uso inadecuado" (Tamayo Jaramillo, 1998, p. 21) del consumidor[27].

El contenido, la calidad y cantidad de la información deben establecerse según las características de los consumidores reales y potenciales del producto. Su identificación es necesaria con el fin de determinar los "[...] diferentes grupos de consumidores frente a quienes se debe realizar un tipo especial de advertencia" (Priest, 2005, pp. 275 y 276). Esta obligación de información es exigible desde el mismo momento en que el producto es puesto en circulación, es decir, antes de que tenga lugar su adquisición o utilización por parte del consumidor (De la Cruz Camargo, 2012, p. 18).

Ahora bien: a partir de lo expuesto en líneas precedentes, tomando en cuenta la naturaleza del defecto (intrínseco o extrínseco) y sus manifestaciones (limitadas a algunas unidades o de carácter seriado), los defectos del producto pueden ser caracterizados de la siguiente manera: (1) el defecto de fabricación es intrínseco al producto y tiene un carácter seriado; (2) el defecto de diseño, aunque es intrínseco al producto, suele presentarse solamente en un número limitado de unidades; (3) a su turno, el defecto de conservación es extrínseco al producto y se manifiesta, por lo regular, solo en un número reducido de unidades o lotes; y (4) finalmente, el defecto de información aunque extrínseco al producto tiene aptitud para afectar todas las unidades comercializadas.

D) *Características del daño causado por productos defectuosos*

Como principales características del daño causado por productos defectuosos podemos señalar las siguientes: (1) el defecto se identifica

[26] Cabe agregar que este defecto puede presentarse "[...] aunque el producto, al momento de la ocurrencia del daño, no sea utilizado en la función para la cual fue concebido", siempre y cuando el fabricante haya omitido advertir "los peligros que el previsible uso inadecuado del producto pueda generar, sobre todo tratándose de productos útiles y necesarios, pero intrínsecamente peligrosos [...]" (Tamayo Jaramillo, 1998, p. 44).

[27] Como criterios para determinar este defecto se han propuesto los siguientes: "«-Las medidas tomadas por el fabricante, si éste conocía el riesgo, su eventual gravedad y su propensión a producirse más o menos frecuentemente; • El público al cual el producto estaba corrientemente destinado y los esfuerzos emprendidos por el fabricante para adaptar sus instrucciones a dicho público; -La prueba de que el perjuicio habría sido evitado por informaciones adecuadas, tecnológicamente posibles»" (Marée Perrine, 1985, citada por Tamayo Jaramillo, 1998, p. 44).

con la falta de seguridad del producto que resulta de una falla en su concepción, fabricación, conservación, almacenamiento o presentación, sin que al respecto tenga incidencia alguna la naturaleza mueble o inmueble de aquel; (2) no se considera defectuoso un producto por resultar ineficiente, inepto o inútil para cumplir el destino final o propósito para el cual fue concebido; por tanto, el hecho de que el producto no sea apto para cumplir su función natural no significa que sea defectuoso; (3) en tanto resulta imposible garantizar la total y absoluta inocuidad de los productos industriales, cuya nota característica es la de ser el resultado del uso de saberes, elementos, materiales y fuerzas nuevas, se reconoce que los productos elaborados comportan un inocultable nivel de riesgo para la salud y seguridad de los consumidores; (4) el carácter riesgoso del producto atañe a un aspecto material o fenoménico de la cosa, por lo que dicha condición se predica con independencia de la creencia que fundada o infundadamente se hayan podido formar el empresario o el consumidor sobre su inocuidad; (6) el producto defectuoso es introducido al mercado con ocasión del ejercicio de una actividad lícita, permitida y socialmente valiosa; lo que implica, como veremos más adelante, que un régimen de responsabilidad subjetivo tienda a desestimar las pretensiones indemnizatorias formuladas por la víctima; (7) el daño experimentado por el consumidor se deriva de la intervención autónoma del producto defectuoso, daño que en cuanto tal "[...] desborda la actividad del hombre y el control material que el mismo ejerce sobre [las cosas] [...]" (Ghersi, 2013, p. 185); y (8) el mercado opera como un canal de distribución social, espacial y temporal del riesgo de causación de los daños resultado de los productos elaborados; daños que pueden afectar a sectores considerables de la población y manifestarse luego de un largo periodo de latencia.

E) *Fundamento de la atribución de responsabilidad*

Antes de examinar las particularidades de nuestro régimen de responsabilidad por productos defectuosos trataremos de dar respuesta a la pregunta concerniente a cuál puede ser el fundamento de la asignación de responsabilidad en tales hipótesis. La determinación de tal cuestión lleva ínsita la inherente, permanente y connatural tensión de intereses entre el empresario y el consumidor, tensión que el derecho suele resolver prefiriendo, respaldando, protegiendo y, en últimas, sacrificando los intereses de una parte a costa de los de la otra. En este ámbito se hace patente, como lo sostiene Heck Philip (1999), que "la protección

de un interés se realiza siempre a costa de otros intereses" (citado por López, 2006, p. 185).

A nuestro modo de ver, la teoría del riesgo empresarial constituye un fundamento adecuado y suficiente a la reparación de los daños causados por productos defectuosos. Bajo sus postulados se hace entendible que los intereses del empresario pueden ser sacrificados con el fin de procurar la reparación de los daños que ha sufrido el consumidor o usuario. A continuación consideraremos, en primer lugar, las razones que explican la incapacidad de la culpa para dar respuesta adecuada a esta problemática y, en segundo lugar, las razones que soportan que la teoría del riesgo empresarial sea un fundamento adecuado a esta hipótesis idóneo para fundar en cabeza del empresario una especial garantía de seguridad sobre los productos que elabora o distribuye.

(1) Como tuvimos oportunidad de analizarlo en otra oportunidad (Ramírez Sierra, 2015), la incapacidad de la culpa para servir de fundamento a la reparación de los daños causados por productos defectuosos es resultado de las propias condiciones estructurales de dicho régimen de responsabilidad. En efecto, dado que los daños causados por productos defectuosos provienen del ejercicio de una actividad lícita, permitida y socialmente valiosa, por un lado, y, por otro, que el daño tiene su génesis en una condición, propiedad o atributo del producto que lo torna riesgoso o inseguro más allá de lo previsible (Ramírez Sierra, 2015, p. 73), el régimen de responsabilidad fundado en la culpa resulta incapaz de asignar responsabilidad al productor o proveedor dado que, por lo regular, el daño no puede retrotraerse o vincularse con un error de conducta del demandado.

En efecto, en el caso de los productos defectuosos suele estar ausente aquel error de conducta que es condición necesaria del juicio de responsabilidad fundado en la culpa. Así las cosas, y excepción hecha de los casos en que el empresario haya sido negligente, imprudente, imperito o haya procedido en contra de la regulación existente, los daños causados por productos defectuosos no pueden ser reparados bajo el esquema de la culpa, pues esta ha sido estructuralmente diseñada para negar la atribución de responsabilidad cuando el daño proviene del hecho autónomo de la cosa y no ha mediado un error de conducta del demandado. De allí que se haya hecho notar que bajo el sistema de la culpa se "maximiza el no reconocimiento y se minimiza el reconocimiento" (Beck, 2006, p. 88).

En consecuencia, en el esquema de la culpa los daños causados por los productos defectuosos terminan siendo soportados por las víctimas

o por los sistemas de seguridad social. Este título de atribución no permite la reparación del daño originado en el desarrollo científico, técnico, industrial y productivo cuya expresión prototípica es el daño que los productos defectuosos causan. El reconocimiento de estas limitaciones, la baja incidencia de sus reglas para propiciar mayores niveles de diligencia y la multiplicación de los daños industriales han llevado a un sector de la doctrina a sostener que "la responsabilidad fundada sobre la culpa no funciona adecuadamente y presenta un costo social muy alto para ser soportada por una sociedad de capitalismo maduro" (Pizarro, 2006, p. 15, tomo I). Como respuesta a esta problemática, muchos ordenamientos jurídicos han adoptado regímenes de responsabilidad objetivos como mecanismo para procurar la reparación de los daños causados por productos defectuosos.

(2) El expediente a la teoría del riesgo como título de atribución de responsabilidad adecuado para procurar la reparación de los daños causados por productos elaborados surgió de la constatación de las limitaciones estructurales que tiene el sistema de la culpa y que le impiden responder a esta clase de daños. La doctrina rápidamente puso en evidencia que los "«sistemas de producción seriados y una metodología de consumo masivo [...] necesita[n] también una estructura legal distinta»" (Carlos A. Ghersi, citado por Santos Ballesteros, 2008, p. 153, tomo III). No es esta la oportunidad para considerar los distintos intentos de fundamentación que se ofrecieron (estos van desde la teoría del "acto anormal" propuesta por Ripert, Durkheim y Gaudemet, pasando por el planteamiento del "deber de seguridad" formulado por Sainctelette y Sauzet, hasta la "culpa in omitendo", el "principio de equidad", la teoría del "interés preponderante" o el "principio de la repartición de daños" [Ramírez Sierra, 2015, pp. 38-39]), nuestro propósito es mostrar que la teoría del riesgo empresarial es un título de atribución que permite la reparación de los daños causados por productos irrazonablemente inseguros.

La teoría del riesgo de empresa, conocida en la doctrina europea como "riesgo del desarrollo", plantea en síntesis que

> [...] quien realiza una actividad de tipo empresarial, o una actividad derivada del desarrollo científico o técnico, que conlleva a su vez una utilidad económica, debe indemnizar todos los daños que se derivan de dichas actividades, sin consideración alguna respecto de si su comportamiento fue o no culposo, ya que la culpa no es un elemento que haga parte de este tipo de responsabilidad [Sarmiento, 2013, p. 640].

El daño derivado de los productos defectuosos tiene como notas distintivas las siguientes: (1) la irreprochabilidad moral y jurídica del comportamiento del empresario, (2) la causación del daño de manera autónoma por el producto como concreción de un riesgo que era desconocido para los intervinientes y (3) la notoria asimetría entre las partes involucradas, determinada o propiciada por la información con que cuentan, la naturaleza de los intereses comprometidos, el origen del daño, la capacidad para guarnecerse de sus efectos y los beneficios que obtienen de la actividad.

La teoría del riesgo de empresa resulta adecuada para analizar los daños derivados del progreso industrial en tanto no demanda la existencia de un comportamiento censurable del demandado como condición para establecer la obligación indemnizatoria; además, concibe que el daño puede ser resultado del funcionamiento autónomo de las cosas; y por último, sus disposiciones pretenden establecer un punto de equilibrio entre quien realiza una actividad riesgosa de manera habitual, profesional y lucrativa, por un lado, y quien experimenta sus efectos, por otro, pues mientras el consumidor "acude" al mercado para satisfacer una necesidad personal, familiar o doméstica, el empresario "permanece" en este con un ánimo lucrativo o de ganancia.

La asignación del riesgo al empresario crea además un incentivo significativo para que este incorpore los conocimientos más recientes a la actividad que desarrolla y adopte los mayores estándares de prevención, aseguramiento y cuidado disponibles. En este sentido, "Si quienes dañan no son responsables, ni sufren ningún tipo de consecuencias negativas de su desaprensión, no tendrán incentivos a adoptar precaución de ningún tipo" (Kluger, 2006, p. 170). Un esquema de responsabilidad objetiva como el establecido para los productos defectuosos incentivará al empresario a adoptar mayores niveles de diligencia en la medida en que una mayor siniestralidad afectará la utilidad marginal de la actividad, esto bajo la premisa básica de "que la conducta del dañador, al adoptar diferentes niveles de precaución, afecta el riesgo de ocurrencia del daño" (Kluger, 2006, p. 170).

De las notas precedentes se concluye que la teoría del riesgo de empresa ofrece un fundamento adecuado a la reparación de los daños causados por productos defectuosos. Esta teoría asigna al empresario, parte fuerte de la relación de consumo, los costos de la actividad, entre los cuales se incluyen los daños que el producto sea susceptible de causar. Lo anterior como contrapartida de la marcada asimetría que existe entre las partes para conocer, precaver, evitar o distribuir el riesgo o los efectos de la actividad económica, la naturaleza de los derechos

e intereses involucrados, y el carácter lucrativo, profesional y estable con que el empresario ejerce la actividad[28/29].

Todo lo anterior explica que se haya hecho al empresario garante de la inocuidad de los productos que lanza al mercado, so pena de reparar los daños que éstos causen al consumidor; lo que acontece cuando el nivel de riesgo presente en los productos resulta irrazonable atendiendo sus condiciones normales de utilización.

A continuación nos ocuparemos del régimen de responsabilidad por productos defectuosos incorporado en el Estatuto del Consumidor colombiano.

3. La responsabilidad por productos defectuosos en el derecho colombiano (nuevo Estatuto del Consumidor)

A) *Origen de la ley y fundamento constitucional*

Con fundamento en lo previsto en el artículo 78 de la Constitución Política, según el cual "[s]erán responsables, de acuerdo con la ley,

[28] Para la Corte Suprema de Justicia colombiana el productor o fabricante "[...] es quien ha gestionado, controlado o dirigido el diseño y elaboración del producto, entre otros aspectos, así como ha determinado ponerlo en circulación o introducirlo en el mercado, adquiriendo, por contera, un compromiso en torno a la calidad e idoneidad del mismo, por lo que, desde luego, no puede resultar ajeno o indiferente a sus eventuales defectos o anomalías, ni a los peligros o riesgos que estos pudieran generar, como tampoco a las secuelas de orden patrimonial que llegaren a afectar a su destinatario final —consumidores o usuarios— o a terceros, con lo que queda claramente establecida una "responsabilidad especial" de aquel frente a estos" (CSJ. Cas. civil. 7 de febrero del 2007, expediente: 1999-00097-01). Algunos años antes esta misma corporación había señalado en relación con el anterior estatuto del consumidor (Decreto 3466 de 1982) que "si bien la redacción del artículo 29 adolece de notorias deficiencias, no contraría artículo ninguno de la Carta; establece un caso más de responsabilidad objetiva, ya acogida en nuestro Código Civil y ampliada por la Corte en celebradas sentencias sobre responsabilidad en el caso de actividades y objetos peligrosos de los cuales el demandado deriva un beneficio, pero a costa de un riesgo para el demandante y muchas veces para toda la comunidad, aunque es consciente de que la "teoría del riesgo" pertenece al campo de la responsabilidad extracontractual, mientras que el tema aquí analizado corresponde a la responsabilidad contractual." (CSJ. Cas. civil. del 4 de diciembre de 1986, M. P.: Hernando Gómez Otálora).

[29] Apreciaciones semejantes pueden encontrarse en la jurisprudencia foránea. Así, por ejemplo, para "la jurisprudencia argentina, la responsabilidad del elaborador o fabricante es de carácter extracontractual, con fundamento en un factor de atribución objetivo encuadrado en el artículo 1113 del [Código] Civil[,] que consagra el deber de responder por todos los daños causados por el vicio de las cosas, como así también por la circunstancia de haber creado un riesgo al lanzar al mercado un producto defectuoso." Autos "RyanTuccillo, Ana c/ Cencosud S.A." CNCiv. Sala H, 26/03/97 (Sebastián Picasso, citado por Eslava Dangond, 2013, p. 28).

quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios" (inciso 2.º), el día 12 de abril del 2011 se promulgó la Ley 1480[30], "Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones". Dicha normatividad incorpora dentro de su articulado el régimen de responsabilidad por productos defectuosos (*Diario Oficial* 48220). Las pautas establecidas en el EC toman como referente normativo las disposiciones de la Directiva Europea 85/374, que regula la protección del consumidor en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos[31], y los principios contenidos en el *restatement of torts* estadounidense.

A grandes rasgos, la especificidad del régimen de responsabilidad por productos defectuosos previsto en el EC está dada por los siguientes aspectos: (1) el establecimiento general de un régimen de responsabilidad objetivo; (2) la exclusión dentro de las prerrogativas concedidas al consumidor o usuario de la posibilidad de escoger el régimen aplicable pues, de conformidad con lo previsto en el inciso final del artículo 56 del EC, salvo que exista regulación especial, "[e]n las acciones a las que se refiere este artículo se deberán aplicar las reglas de responsabilidad establecidas en la presente ley"; (3) la remisión al Código de Comercio y el Código Civil en casos de insuficiencia legal (artículo 4.º, inciso 4.º, EC); y (4) la inderogabilidad del régimen por voluntad de las partes. Al respecto, según el artículo 43 del EC, son ineficaces de pleno derecho las cláusulas que "[l]imiten la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley les corresponden" (numeral 1), o que impliquen la renuncia a los derechos del consumidor (numeral 2), o que inviertan la carga de la prueba en detrimento de este (numeral 3).

En la presente sección examinaremos las particularidades y los rasgos distintivos de este régimen de responsabilidad. El objetivo que atraviesa esta regulación, según se expresa en la propia ley, no es otro que promover "[l]a protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y seguridad" (artículo 1.º, numeral 1, EC). Para tal fin consideraremos los siguientes aspectos: la noción de "producto defectuoso", los mecanismos de prevención del daño contingente, las formas

[30] Aunque la Ley 1480 fue promulgada el 12 de octubre del 2011, sus disposiciones entraron a regir solamente a partir del 12 de abril del 2012 (artículo 84).

[31] Esta norma deriva de las Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor, es decir, de la resolución número 3108 de la Asamblea General del 12 de diciembre de 1973 (Eslava Dangond, 2013, p. 22).

de protección judicial, la legitimación —por pasiva y por activa—, la carga de la prueba y las causales de exoneración de responsabilidad.

B) *La noción de "producto defectuoso" en el Estatuto del Consumidor*

El Estatuto del Consumidor define el producto defectuoso como "aquel bien mueble o inmueble que en razón de un error el diseño, fabricación, construcción, embalaje o información, no ofrezca la razonable seguridad a la que toda persona tiene derecho" (artículo 5.º, numeral 17). Como señalábamos antes, una cosa adquiere el carácter de producto cuando ha sido sometida a un proceso de producción, transformación, elaboración, complementación, acondicionamiento o incorporación de manera que se presenta en condiciones físicas, químicas u orgánicas distintas de aquellas en que se hallaría en la naturaleza y, además, ha sido colocada o lanzada al mercado, es decir, cuando ha concluido su paso por la cadena de producción y está en condiciones de ser comercializada o distribuida.

Ahora bien: aunque el Estatuto establece que "producto" es todo "bien o servicio" (artículo 5.º, numeral 8), en la definición de "producto defectuoso" el legislador no dijo nada sobre los servicios defectuosos. Además, si bien indicó que el carácter defectuoso o inseguro se predica tanto de los bienes "muebles" como de los "inmuebles", no avanzó tampoco en determinar en qué casos podía invocarse este segundo supuesto. En efecto, frente a los inmuebles el EC solamente menciona el punto referente a la garantía legal (artículo 8.º, inciso 5.º) aspecto que, como se sabe, se refiere a la calidad, idoneidad y eficiencia del producto, más no a la seguridad que razonablemente se espera de este. Como vimos antes, la noción de "producto defectuoso" no atañe a la calidad e idoneidad del producto, esto es, a las características y condiciones que lo hacen apto para satisfacer la necesidad o interés del consumidor, sino a la expectativa de seguridad de este entendida en el sentido de que los "productos no presenten riesgos irrazonables para la salud o la integridad de los consumidores" (Espinosa Apráez, 2015, pp. 382-383).

Sobre este particular, la Corte Suprema de Justicia aún antes de la expedición del EC había sostenido que la noción de "producto defectuoso" se construye a partir de la idea de la "razonable seguridad". Así, en sentencia del año 2009 el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria expresó que

> [...] nadie puede anhelar que objetos ineludiblemente peligrosos (un arma, un raticida, algunas herramientas, etc.), que por su propia

> naturaleza comportan un riesgo y que como tales son dados a conocer al público, tengan tal grado de seguridad del que esencialmente carecen. La obligación de seguridad cuyo incumplimiento genera el deber indemnizatorio de que aquí se trata, es aquella a la que razonablemente se puede aspirar; en consecuencia, quedan excluidas las situaciones en las que el carácter riesgoso del producto es aceptado o conocido por el público y debería, pues, serlo también por la víctima [CSJ, Cas. civil, MP Pedro Octavio Munar Cadena, 30 de abril del 2009, expediente: 1999 00629].

En armonía con lo anterior, el EC definió "seguridad" así:

> Condición del producto conforme con la cual en situaciones normales de utilización, teniendo en cuenta la duración, la información suministrada en los términos de la presente ley y si procede, la puesta en servicio, instalación y mantenimiento, no presenta riesgos irrazonables para la salud o integridad de los consumidores [artículo 5.º, numeral 14, Ley 1480 del 2011].

En esta medida, si el producto es inherentemente peligroso y tal calidad es reconocida e incluso esperada o requerida por el consumidor o usuario, la concreción del riesgo consustancial a tal condición no puede considerarse un defecto del producto, pues, en tal caso, no se ha defraudado la expectativa de inocuidad que su destinatario podía razonablemente haberse fundado sobre el producto.

En conclusión, en nuestro ordenamiento puede invocarse la aplicación del régimen de responsabilidad por productos defectuosos cuando el daño proviene de un error de diseño, fabricación, construcción, embalaje o información de que está afecto un bien mueble o inmueble, que ha implicado la defraudación de la expectativa de inocuidad que razonablemente podía fundarse el consumidor, determinada esta atendiendo la clase de producto y las condiciones normales de utilización. Por el contrario, no podrá invocarse este régimen cuando se trate de servicios defectuosos.

C) *Mecanismos de prevención administrativa del daño contingente*

El EC contiene un mecanismo especialmente diseñado para evitar la causación de nuevos daños cuando se tiene conocimiento de que el producto es defectuoso. Al respecto, de conformidad con lo previsto en el artículo 19 del EC,

> Cuando un miembro de la cadena de producción, distribución y comercialización tenga conocimiento de que al menos un producto fabricado, importado o comercializado por él, tiene un defecto que ha producido o puede producir un evento adverso que atente contra la salud, la vida o la seguridad de las personas, deberá tomar las medidas correctivas frente a los productos no despachados y los puestos en circulación, y deberá informar el hecho dentro de los tres (3) días calendario siguientes a la autoridad que determine el Gobierno Nacional.
>
> Parágrafo. Sin perjuicio de las responsabilidades administrativas individuales que se establezcan sobre el particular, en caso que el obligado no cumpla con lo previsto en este artículo, será responsable solidariamente con el productor por los daños que se deriven del incumplimiento de esa obligación.

A partir de la vigencia de este artículo se entiende establecido un deber de información y cuidado a cargo de los integrantes de la cadena económica, que se hace exigible cuando cualquiera de ellos "tenga conocimiento de que al menos un producto" ha ocasionado o puede ocasionar un "evento adverso" a la "salud, la vida o la seguridad de las personas" para que adopte las medidas correctivas frente a todos los productos existentes, despachados o no, e informe a la autoridad correspondiente sobre dicho defecto, so pena de responder por los daños que lleguen a suceder.

A partir del reporte respectivo se da inicio a una actuación administrativa dentro de la cual puede ordenarse: (1) la suspensión de la producción o comercialización del producto hasta por 60 días, "prorrogables hasta por un término igual" (artículo 59, numeral 8 EC), (2) la imposición de multas de hasta 2000 salarios mínimos legales mensuales vigentes (artículo 61 numeral 1 EC), (3) la prohibición temporal o definitiva para producir, distribuir u ofrecer al público tales productos (artículo 61, numeral 4), y (4) la destrucción de los productos defectuosos (artículo 61, numeral 5).

En ejercicio de estas facultades la Superintendencia de Industria y Comercio ha resuelto, por ejemplo, (1) prohibir la comercialización de "cortinas" y "persianas" en la que se utilicen cordones, cordeles, cuerdas y cadenas que cuelguen libremente al alcance de los niños; (2) ordenar, en este mismo caso, que se suministre un dispositivo de seguridad y, además, autorizar a los consumidores para reclamar a cargo del vendedor el elemento de seguridad correspondiente (Resolución 38973 del 2013, *Diario Oficial* n.º 48.835); (3) suspender de manera preventiva la producción, comercialización, venta y cualquier puesta a disposición de un producto alimenticio tipo minigelatina que había

ocasionado asfixia y broncoaspiración (Resolución 35240 del 2015, *Diario Oficial* n.º 49.567); (4) suspender toda puesta a disposición de punteros láser de potencia mayor o igual a 1 mW (Resolución 33767 del 2016, *Diario Oficial* n.º 49.892); de los que luego prohibió su comercialización, salvo para fines médicos, científicos, industriales o militares, siempre que sean manipulados por expertos y profesionales (Resolución 57151 del 2016, *Diario Oficial* n.º 49.982).

Es preciso señalar que mediante el Decreto 679 del 2016 (*Diario Oficial* n.º 49.857) el ejecutivo reguló el procedimiento que deben cumplir los miembros de la cadena de producción, distribución y comercialización que tenga conocimiento de la existencia de un producto defectuoso. Dentro de las particularidades de esta regulación se encuentran las siguientes: (1) la norma hace presumir el conocimiento del defecto del producto en las siguientes hipótesis: cuando un consumidor, otro miembro de la cadena o un tercero ha informado que el producto "presenta riesgos irrazonables para la salud o integridad de los consumidores" (artículo 2.2.2.52.2, numeral 1), cuando el empresario tiene conocimiento o evidencia "de que el producto podría incumplir con un requisito de seguridad o de inocuidad de un reglamento técnico o medida sanitaria o fitosanitaria que le sea exigible" (numeral 2 ib.), cuando presenta "un error en el diseño, la fabricación, la construcción, el embalaje o la información del producto" (numeral 3), cuando los "conocimientos científicos y técnicos concluyen que el uso del producto involucra un riesgo de evento adverso a la salud, la vida o la integridad de los consumidores, o el producto no se encuentra conforme con uno o más requisitos de seguridad establecidos en normas técnicas internacionales vigentes" (numeral 4 ibídem), o cuando se "haya informado en la jurisdicción de otro país sobre la existencia de un defecto en un producto" (numeral 6); (2) en tales casos, se deberá describir el producto, el defecto y el peligro que se corre con el bien (artículo 2.2.2.52.3, numeral 4) y, "[e]n la medida de lo posible, el número y descripción de los daños o víctimas asociadas con el producto" (numeral 5 ib.); (3) deberá indicarse, así mismo, en cuanto corresponda, "el procedimiento de retoma del bien o de devolución del precio pagado", disponiendo que "[l]os costos [...] deberán ser asumidos por la cadena de distribución y en ningún momento podrán trasladarse a los consumidores" (numeral 8 ib.); (4) deberá suspenderse la producción, distribución, comercialización o compra del bien y comunicarse a los otros agentes de la misma cadena económica, a los consumidores y a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre tal situación (artículo 2.2.2.52.4); (5) informarse a los consumidores "acerca de las medidas

correctivas dispuestas por el productor o importador y, de ser el caso, los medios dispuestos para recoger, aislar, devolver o intervenir los productos" (artículo 2.2.2.52.6); y (6) proceder a destruir las unidades defectuosas, salvo que sea posible "corregir el defecto de tal manera que asegure la eliminación del riesgo para salud, la vida o la integridad de los consumidores" (artículo 2.2.2.52.7). Todas estas medidas de protección se complementan con la creación de una base de datos accesible a través de la página virtual de la Superintendencia de Industria y Comercio, donde deberán identificarse "los productos respecto de los cuales haya recibido reportes y que hayan sido catalogados como defectuosos" (artículo 2.2.2.52.8).

De esta manera, el ejecutivo no sólo llenó el vacío existente respecto de la obligación prevista en el artículo 19 del EC, sino que además incorporó una "obligación de seguimiento", orientada a que el empresario permanezca al tanto de los daños indeseados e inesperados del producto una vez que este ha sido lanzado al mercado y adquirido por el consumidor.

D) *Mecanismos de protección judicial*

De conformidad con lo previsto en el artículo 56 del EC, dentro de las acciones jurisdiccionales de protección al consumidor se enlistan: "[l]as populares y de grupo reguladas en la Ley 472 de 1998 [...]" (numeral 1) y "[l]as de responsabilidad por daños por producto defectuoso, definidas en esta ley, que se adelantarán ante la jurisdicción ordinaria" (numeral 3).

A su turno, el parágrafo de esta misma disposición señala que

> La competencia, el procedimiento y demás aspectos procesales para conocer de las acciones de que trata la Ley 472 de 1998 serán las previstas en dicha ley, y para las de responsabilidad por daños por producto defectuoso que se establece en esta ley serán las previstas en el Código de Procedimiento Civil[32].
>
> En las acciones a las que se refiere este artículo se deberán aplicar las reglas de responsabilidad establecidas en la presente ley.

Conforme a lo anterior, tratándose de controversias originadas en los daños causados por productos defectuosos la jurisdicción ordinaria tiene competencia privativa para determinar la responsabilidad

[32] En la actualidad debe acudirse al Código General del Proceso (parágrafo 3.º del artículo 390).

del empresario. En consecuencia, la Superintendencia de Industria y Comercio no puede conocer de estas controversias ni aun invocando el ejercicio de las funciones jurisdiccionales que esta misma ley le atribuyó (De la Cruz Camargo, 2012, p. 29). La única excepción que existiría se presenta cuando la entidad demandada tiene naturaleza pública, pues en tal caso la competencia corresponderá a la jurisdicción contencioso-administrativa y no a la ordinaria.

Además, tratándose de daños causados por productos defectuosos deben aplicarse las normas del Estatuto del Consumidor salvo que exista una regulación especial (artículo 2.º, inciso 2.º, EC). En este sentido, las normas del EC, en especial las que regulan los presupuestos y consecuencias de la responsabilidad, tienen carácter prevalente sobre cualesquiera otras disposiciones. Averiguada tal responsabilidad, los daños indemnizables serán los indicados en los numerales 1 y 2 del artículo 20 del EC, salvo que la ley le permita al afectado reclamar "otro tipo de indemnizaciones". Finalmente, en caso de insuficiencia de la ley se "aplicarán las reglas contenidas en el Código de Comercio y en lo no previsto en este, las del Código Civil" (artículo 4.º, inciso 4.º, EC).

E) *¿Quiénes pueden ser demandados? (Legitimación por pasiva)*

El artículo 20 del EC hace solidariamente responsables al "productor" y al "expendedor" de los daños causados por productos defectuosos. De allí que sea necesario preguntarnos ¿quién es el productor y quién es el expendedor?

Según lo previsto en el artículo 5.º del EC se considera "productor" a "[q]uien 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" (numeral 9). Además de los anteriores, se considera productor a "quien coloque su nombre, marca o cualquier otro signo o distintivo en el producto" "cuando no se indique expresamente quién es el productor" (artículo 20, inciso 1.º, EC).

A su turno, se considera "proveedor o expendedor" a "[q]uien de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos con o sin ánimo de lucro" (artículo 5.º, numeral 11, EC).

De conformidad con estas disposiciones, dentro de la noción de "productor" queda comprendido no solo quien ha producido, fabricado

o ensamblado el producto[33], sino también quien lo ha diseñado o lo ha introducido al mercado nacional, a condición, en todos los casos, de que esta actividad sea realizada de manera "habitual". También queda incluido en esta categoría el "productor aparente", esto es, quien se muestra en el mercado como fabricante de una mercancía aunque en realidad no lo sea porque su elaboración estuvo a cargo de otra persona. A su turno, el EC considera expendedor tanto al distribuidor o comercializador del producto como al proveedor o suministrador de este.

En relación con los obligados a la indemnización, Tamayo (2016) considera que "no es justo hacer responsable a un expendedor que nada tiene que ver con la fabricación, concepción y presentación del producto" (p. 89). Sin embargo, estimamos que el reforzamiento de los legitimados por pasiva no sólo se justifica como un mecanismo de protección al consumidor, parte débil de la relación de consumo, quien por esta vía contará con más de un patrimonio para procurar la reparación de los daños que el producto le ha causado; sino, además, porque el expendedor es un comerciante que ejerce de manera habitual, profesional y lucrativa una actividad que es potencialmente fuente de daños a terceros. Lo anterior como expresión del riesgo de empresa fundamento del juicio de responsabilidad para esta clase de daños. A tal conclusión también arribaríamos a partir del "principio romano *ubi emolumentum, ibi onus*, donde el beneficio, allí la carga" (Ramírez Sierra, 2015, p. 44). En todo caso, la decisión de imponer al proveedor la obligación de responder por el daño que el consumidor pueda padecer se atempera con la posibilidad que se le concede de repetir el valor pagado (artículo 20, inciso 1.º, EC).

El único caso en el cual el proveedor puede liberarse de la responsabilidad solidaria que establece la norma, como se sigue de la interpretación del parágrafo del artículo 19 del EC, es cuando ha dado aviso de la existencia del defecto presente en el producto que atenta contra la salud, la vida o la seguridad de las personas, antes de que el daño tenga ocurrencia.

Por último, en el caso del "productor aparente" consideramos que si bien es cierto este podría desvirtuar su condición de "productor" suministrando la información del fabricante real, tal circunstancia no llevaría

[33] El artículo 3 §1 de la directiva comunitaria define al productor como "la persona que fabrica un producto acabado, que produce una materia prima o que fabrica una parte integrante, y toda aquella persona que se presente como productor poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto" (Directiva 85/374/CEE).

a que lograra exonerarse de responsabilidad, pues si bien dejaría de ser tomado como fabricante es claro que adquiriría la calidad de proveedor o expendedor. Esta interpretación, que preferimos frente a cualquier otra es al mismo tiempo expresión del principio de interpretación *pro consumatore* previsto en el inciso 3.º del artículo 4.º del EC, según el cual, en caso de duda, se preferirá la interpretación más favorable al consumidor, como aplicación de la teoría del riesgo de empresa, fundamento de responsabilidad al que antes hicimos alusión.

F) *¿Quiénes pueden demandar? (Legitimación por activa)*

En nuestro ordenamiento pueden demandar la indemnización de los daños derivados del defecto del producto: el "consumidor" o el "usuario". A este respecto, el artículo 5.º del EC define "consumidor" como

> Toda 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.

Al desglosar esta disposición se tiene que está legitimado para demandar todo aquel que cumpla los siguientes requisitos o condiciones: (1) ser el "destinatario final" del producto; lo anterior implica que no podrán demandar el productor, el intermediario ni el expendedor en la medida en que estos no ostentan la condición de "consumidor" dado que tienen o adquieren el producto no para su uso personal o propio sino con miras a colocarlo posteriormente en el mercado; (2) no es necesario tener la calidad de parte contratante o adquirente del producto; esto significa que el producto puede haber sido recibido a cualquier título, por ejemplo, en alquiler, *leasing*, comodato, entre otras modalidades. En este sentido, la Ley 1480 del 2011, a diferencia del viejo estatuto de protección al consumidor (Decreto 3466 de 1982), "omite la exigencia de ser parte contratante para ser considerado consumidor" (Espinosa Apráez, 2015, p. 388); (3) el producto puede ir dirigido a satisfacer no sólo las necesidades o los deseos personales del consumidor, sino también sus requerimientos familiares o domésticos, e incluso empresariales, a condición de que tal aspecto "no esté ligado intrínsecamente a su actividad económica". Lo anterior significa que el producto no debe hacer parte de los activos movibles (materias primas) o fijos (maquinaria y equipos) directamente vinculados con la

actividad productiva. En este sentido, Tamayo (2016) considera que "el Estatuto se aplica a las compras de bienes y servicios de uso de la empresa, que no se integran en la cadena de producción, como por ejemplo, artículos de aseo, papelería, alimentos o muebles de oficina en una empresa metalmecánica" (p. 39).

Ahora bien, en relación con esta disposición han surgido dos interrogantes: el primero, si los familiares o allegados al consumidor o usuario que sufren daños pueden invocar el régimen de responsabilidad previsto en el EC; y, el segundo, si los trabajadores afectados con los defectos del producto pueden demandar con apoyo en estas mismas normas la reparación de los daños que han sufrido.

En relación con lo primero, estimamos que la respuesta debe ser afirmativa. No hay razón para que ese tercero que hace parte del círculo relacional del consumidor y que resulta afectado con ocasión del uso personal, familiar o doméstico del producto no encuentre una oportunidad de reparación bajo este régimen. Así, por ejemplo, si el automóvil adquirido para la comodidad del hogar se estrella por un defecto de sus frenos, o explota por el mal diseño del tanque de combustible, y como consecuencia de ello cualquier miembro de la familia u ocupante del vehículo sufre una lesión, incluso quien no lo conducía, el afectado puede reclamar del productor o del expendedor la indemnización de los daños que el producto defectuoso le ha causado. Lo mismo ocurriría frente a los daños causados por electrodomésticos defectuosos u otros utensilios existentes en un hogar moderno.

Sobre este último punto, la Corte Suprema de Justicia, en fallo anterior a la promulgación del EC, había defendido que

> [...] los efectos de la relación jurídica que liga a productores y proveedores con el adquirente final pueden extenderse a otros sujetos como los parientes de éste o sus acompañantes circunstanciales en el momento en que se concreta el daño, habida cuenta que éstos —por el particular daño que se les irrogue— quedarían habilitados para instaurar las acciones pertinentes, las cuales se enmarcarían en ese ámbito, justamente, porque el perjuicio se origina en una relación de ese tipo (CSJ, Cas. Civ. 30 de abril del 2009, M. P. Pedro Octavio Munar Cadena, expediente: 1999 00629).

En torno al segundo interrogante, consideramos que el trabajador no podría acudir a las normas de responsabilidad por productos defectuosos no sólo porque la herramienta, artefacto, sustancia u otro que le causa el daño es parte de un proceso productivo, sino porque el régimen laboral y prestacional prevé dentro de sus normas efectos

precisos para las hipótesis de accidentes de trabajo y riesgos profesionales. Al respecto, Tamayo (2016) considera que en la medida en que el EC solamente protege a los consumidores y usuarios "el tercero perjudicado que no es ni adquirente ni usuario, no está amparado por el Estatuto en cuanto a los productos defectuosos" (p. 17), por lo que niega que el trabajador o dependiente que ha sufrido daños pueda invocar el régimen de productos defectuosos. Compartimos esta opinión, toda vez que el operario no hace utilización de la maquinaria con el ánimo de satisfacer una necesidad "propia, privada, familiar o doméstica", ni "empresarial" propia, lo que impide equipararlo o considerarlo un consumidor o usuario.

G) *El consumidor debe demostrar el defecto del bien, el daño y el nexo causal*

Con arreglo a lo previsto en el artículo 21 del EC, el afectado debe demostrar el defecto del producto, la existencia del daño y el nexo causal entre el daño y el defecto. Además, aunque la norma no lo indique de manera expresa, el ejercicio probatorio correspondiente no se agota ahí, este sería inane si el consumidor no lograra acreditar que el demandado es el "productor" o "expendedor" del producto que denuncia defectuoso.

Consideremos, entonces, cada uno de los aspectos que le corresponde demostrar al demandante: (1) El afectado debe demostrar que el demandado tiene la condición de productor o expendedor del producto. En este caso, el demandante debe probar que el demandado puso en circulación directa o indirectamente el producto, bien como "productor", bien como "expendedor" o "proveedor". En general, tal aspecto no debería implicar o demandar un esfuerzo probatorio desbordado para el demandante en la medida en que lo usual es que los empresarios coloquen sus marcas, signos o nombres distintivos en los productos con el propósito de identificarse en el mercado. No obstante lo anterior, en los eventos en que no es posible determinar tal cuestión, la jurisprudencia ha concedido que "[...] los jueces pueden deducir, atendiendo las circunstancias del caso (el embalaje del objeto, los usos sociales y mercantiles o la imposibilidad de haber sido manipulado por terceros, etc.) que fue el fabricante quien introdujo el producto defectuoso en el mercado y le corresponderá a este demostrar lo contrario" (CSJ, Cas. Civ. 30 de abril del 2009, MP Pedro Octavio Munar Cadena, expediente: 1999 00629).

Ahora bien, cuando el consumidor se encuentre en imposibilidad de probar cuál de los distintos productores fabricó exactamente el producto que causó el daño, como ocurriría, por ejemplo, cuando este se comercializó bajo su denominación genérica, estimamos que sería plenamente aplicable la teoría de la responsabilidad por la cuota o participación en el mercado (*market share liability*), desarrollada en el derecho estadounidense, a través de la cual se ha hecho responsables a todas las empresas que fabricaron un determinado producto que se vendió como genérico, cuando a pesar de la diligencia del perjudicado no fue posible identificar al fabricante, en parte porque los actores económicos contribuyeron a mantener en el anonimato al empresario respectivo. En tal caso, cada empresa deberá hacerse responsable del daño sufrido por el consumidor en proporción a su grado de participación en el mercado. También se ha planteado que en circunstancias de especial complejidad le es dado al juzgador "presumir: (a) que el producto ha sido puesto en circulación por el fabricante o productor; (b) que el defecto existía en el momento en el que se introdujo en el mercado; y (c) que fue el fabricante quien lo elaboró para venderlo" (Eslava Dangond, 2013, p. 14).

(2) El afectado debe demostrar el defecto del producto. El consumidor debe demostrar el carácter defectuoso del producto, es decir, aquel aspecto que, asociado con el diseño, la construcción, fabricación, presentación o el embalaje de este lo ha tornado inseguro en un nivel superior a lo razonablemente esperable. Sin embargo, el afectado quedará relevado de tal carga cuando el empresario haya violado o pretermitido alguna "medida sanitaria o fitosanitaria, o un reglamento técnico", pues en tal caso se "presumirá el defecto del bien" (artículo 21, parágrafo, EC; y artículo 5.º, numeral 14, ibídem). Tal circunstancia, sin embargo, también podría ser analizada como una culpa de su parte.

El reconocimiento de las dificultades en las que suele encontrarse el afectado para probar el defecto del producto, expresión del marcado desequilibrio que se presenta entre las partes integrantes de la relación de consumo, ha llevado a proponer la inversión de la carga de la prueba a favor del consumidor, quien, por lo regular, es totalmente ajeno al proceso de diseño, fabricación, producción, embalaje, conservación o almacenaje del producto. En efecto, el perjudicado suele desconocer los procedimientos, pruebas y experimentos realizados por el empresario, las materias utilizadas, sus características y las normas técnicas aplicables. En tales circunstancias "[e]l usuario o consumidor se encuentra [...] en una situación de desventaja por desconocer o ignorar las

calidades, cantidades o características del bien o servicio que dispensa el empresario [...]" (Santos Ballesteros, 2008, p. 183). A lo anterior se suma el hecho de que la mayoría de las veces el consumidor carece de los conocimientos técnicos, recursos económicos, acceso a las instalaciones, documentos y demás aspectos que le faciliten la producción, obtención o determinación de la prueba.

Con el propósito de reequilibrar las condiciones de las partes se han planteado los siguientes mecanismos: (1) obligar al productor a suministrar la información y documentación que le sea solicitada por el consumidor; (2) trasladar al productor los gastos que demande la realización de las pruebas técnicas y periciales que se requieran durante el juicio[34]; (3) tener "por probada esa preexistencia del defecto, a partir de indicios fuertes, como ocurriría en el ejemplo [...] de las llantas que en forma inexplicable explotan el primer día [...]" (Tamayo Jaramillo, p. 85); (4) "[p]rever una presunción del nexo causal cuando la víctima demuestre el daño y el defecto, o del defecto cuando la víctima demuestre la existencia de un daño resultante de un producto" (Comisión de las Comunidades Europeas, 1999, p. 19); (5) tener por acreditado el nexo de causalidad cuando la vinculación del defecto con el daño resulte altamente probable o cuando en el caso resulte altamente complicado acreditarlo (Zalamea Lechtman, 2014, p. 60).

(3) El afectado debe demostrar el daño y la cuantía del perjuicio. De conformidad con lo previsto en el artículo 20 del EC, se reconoce como daño, por un lado, la "[m]uerte o lesiones corporales, causadas por el producto defectuoso" (numeral 1) y, por otro, "[l]os producidos a una cosa diferente al producto defectuoso, causados por el producto defectuoso" (numeral 2). El artículo 20 del EC delimita de este modo la órbita de afectación susceptible de encontrar una oportunidad de reparación bajo las directrices de este régimen de responsabilidad, la que deberá atenderse salvo "que el perjudicado pueda reclamar otro tipo de indemnizaciones de acuerdo con la ley" (artículo 20 EC).

En consecuencia, cuando la materialización del defecto presente en el producto comprometa la vida o la salud del consumidor, o implique la destrucción o el deterioro de otros bienes distintos del producto mismo, surgirá para la víctima el derecho a ser reparada. En tal caso, "la indemnización comprende no sólo las pérdidas económicas, en sus modalidades de daño emergente y lucro cesante, sino también los

[34] En Italia, por ejemplo, la norma interna "habilita al juez para que haga pagar al productor un anticipo de los gastos periciales si es verosímil que el daño lo haya causado un defecto del producto" (Comisión de las Comunidades Europeas, 1999, p. 20).

perjuicios extra patrimoniales" (Tamayo Jaramillo, 2016, p. 114). En relación con esto último, siguiendo los recientes derroteros de la jurisprudencia civil, el afectado podría reclamar, además de la reparación del daño moral, la compensación del daño a la vida de relación (o alteración a las condiciones de existencia) y, de estar acreditada, la reparación de la lesión a los derechos de especial relevancia constitucional (CSJ, Cas. civ. 5 de agosto del 2014 MP Ariel Salazar Ramírez, expediente: 2003-00660-01).

En relación con la cuantía de los perjuicios materiales, el afectado deberá cuantificarlos en la demanda bajo juramento en cumplimiento de lo previsto en el artículo 206 del Código General del Proceso, según el cual,

> Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación. (*Diario Oficial* 48489).

Si, por el contrario, el daño no alcanza más que la materialidad o integridad misma del producto, el EC, siguiendo la orientación de la directiva de la Unión Europea y los principios del derecho estadounidense (Tamayo Jaramillo, 2016, p. 112), excluye la posibilidad de que el afectado persiga bajo sus normas la indemnización originada en la destrucción o avería del producto mismo. Para Tamayo (2016), en tales casos el valor del producto "se podrá cobrar al vendedor alegando un vicio redhibitorio o la violación de la garantía de eficiencia o idoneidad consagrada en el mismo Estatuto" (Tamayo Jaramillo, 2016, p. 112). Sin embargo, tales alternativas ofrecen una menor protección al consumidor que la que obtendría si se le permitiera demandar la indemnización correspondiente al daño del producto bajo el régimen de responsabilidad por productos defectuosos.

La alternativa residual indicada por Tamayo tiene el problema de que las acciones previstas para que se "rescinda" el contrato o se "rebaje proporcionalmente" el precio tienen un término de prescripción bastante corto. En efecto, según la regulación civil el plazo para solicitar la "rescisión" del negocio es de "seis meses respecto de las cosas muebles y un año respecto de los bienes raíces" (artículo 1923, Código Civil), término que se computa desde "la entrega real" (artículo 1923

ib.). Mientras que para solicitar el ajuste del precio se concede al afectado el término de "un año para los bienes muebles y [...] diez y ocho meses para los bienes raíces" (artículo 1926 ib.). Por su parte, en la regulación comercial, que sería en principio la llamada a regular tales eventos, ambos plazos fueron establecidos en "seis meses, contados a partir de la entrega" (artículo 938, Código de Comercio).

Por otro lado, si el consumidor decide acudir a las normas de la garantía legal deberá tener en cuenta que el término de reclamación, que en principio será el "dispuesto por la ley o por la autoridad competente", y en su defecto, "por el productor y/o proveedor", corre "a partir de la entrega del producto al consumidor" (artículo 8.º, EC). En caso de que tanto la ley como el productor guarden silencio al respecto, "el término será de un año para productos nuevos. Tratándose de productos perecederos, el término de la garantía legal será el de la fecha de vencimiento o expiración" (artículo 8.º, inciso 2.º EC). Y si se trata de inmuebles, el término será de diez años frente a la obra y un año frente a los acabados (artículo 8.º, inciso 5.º EC).

Como es evidente, aunque las alternativas propuestas ofrecen un recurso a la víctima del producto defectuoso para que pueda obtener la indemnización correspondiente cuando el daño no ha irradiado o afectado más que la integridad del producto mismo, la posibilidad de acudir a tales remedios puede resultar ilusoria en la medida en que los plazos de prescripción (salvo para los inmuebles) no sólo son breves sino que además cuentan desde la entrega del producto. En este sentido, bien puede ocurrir que para el momento de manifestarse el defecto, frente a daños que se presentan luego de un periodo de latencia, los plazos de prescripción se encuentren cumplidos.

A nuestro modo de ver, la restricción que la normatividad incorpora para demandar por este mismo régimen la indemnización por la pérdida o avería del producto defectuoso, unida a los reducidos plazos de prescripción previstos para las acciones redhibitorias o de garantía por calidad o eficiencia, constituye un umbral de reparación que va en contravía de lo previsto en el numeral 1.5 del artículo 3.º del EC, que consagra el derecho del consumidor a "obtener reparación integral, oportuna y adecuada de todos los daños sufridos".

(4) Nexo de causalidad entre el daño y el defecto. El demandante debe demostrar que el daño cuya indemnización reclama ha sido consecuencia de un defecto presente en el producto. En este punto el afectado debe ser cuidadoso, pues no se trata de probar que el daño ha

sido causado por el "producto", sino que ha derivado propia o estrictamente de un "defecto" de este.

En ocasiones la demostración del nexo de causalidad puede resultar compleja, excesivamente onerosa o en extremo difícil para la víctima. En tales casos, considerando la asimetría que existe entre consumidor y empresario respecto del conocimiento producto, sus condiciones de fabricación, la tecnología empleada o disponible, el lugar y las condiciones de producción, entre otros, se ha propuesto aligerar el rigor probatorio a favor del consumidor. Sobre este punto, por ejemplo, la Comisión de las Comunidades Europeas ha sostenido que "facilitar la carga de la prueba se convierte en una manera de mejorar la situación de la víctima, sobre todo en caso de dificultades para descubrir el origen del daño"; a lo anterior se suma —continúa la Comisión— el hecho de que "[l]as dificultades inherentes a la prueba (origen del producto, defecto y nexo causal) aumentan cuando se trata de productos digeridos o destruidos (p. ej., alimentos, medicamentos)" (1999, p. 19). En tales eventos, a solicitud de parte o de oficio, el juez bien puede hacer uso de las facultades que en materia de distribución de la carga de la prueba le confiere el inciso 2.º del artículo 167 del Código General del Proceso.

H) *Las causales de exoneración de responsabilidad*

El Estatuto de Protección al Consumidor consagra las siguientes causales de exoneración de responsabilidad (artículo 22 EC): (1) fuerza mayor o caso fortuito (numeral 1), (2) culpa exclusiva del afectado (numeral 2); (3) hecho de un tercero (numeral 3); (4) no haber sido colocado el producto en circulación (numeral 4); (5) originarse el daño en el acatamiento de normas imperativas (numeral 5); y (5) la imposibilidad de descubrir la existencia del defecto a partir de los conocimientos científicos y técnicos existentes al momento de la puesta en circulación del producto (numeral 6).

Además, aunque el EC no lo indique de manera expresa, el demandado también podrá exonerarse de responsabilidad si demuestra, en todos los casos, que el daño no provino del producto o que, a pesar de haber sido causado materialmente por este, no es resultado de un "defecto" de él. Así, por ejemplo, el empresario podrá demostrar que las lesiones cutáneas advertidas por el consumidor luego de aplicarse un bloqueador solar son resultado de una coincidencia temporal, mas no un efecto causal, del empleo del producto, manifestación de una enfermedad o

afección del usuario desligada del uso del producto o un efecto de un medicamento que el consumidor estaba recibiendo en ese momento. Como caso límite, podría pensarse en el evento en que el producto sólo sea inseguro para la víctima por una condición física, genética o médica excepcional y particularísima suya que la hace sensible o alérgica a un componente de aquel sin que se tenga noticia de la igual reacción en otros pacientes o consumidores. Pues en tal caso el carácter inseguro del producto se predica única y exclusivamente frente al demandante, en razón de sus condiciones biológicas excepcionalísimas, y no por las del producto. Como es evidente, al demandado que alega cualquiera de estas causales es a quien le corresponde demostrar su ocurrencia (De la Cruz Camargo, 2012, p. 28).

Ahora bien: aunque el EC adhiere a una visión objetiva de la responsabilidad, lo que implica que la culpa no es un factor trascendente a efectos de averiguar la responsabilidad del demandado, aspecto que explica que las causales de exoneración vayan dirigidas a destruir el nexo de causalidad entre el defecto del producto y el daño experimentado por la víctima, el EC incluyó dentro de las causales de exoneración el denominado "riesgo del desarrollo" (artículo 22, numeral 6, EC). Dicha causal resulta propia de un régimen de responsabilidad subjetivo mas no de uno objetivo. Por esta razón, a efectos de examinar tales causales consideraremos, en primer lugar, aquellas que son propias del régimen objetivo (numerales 1 a 5) y, por último, aquellas que son atípicas al mismo (numeral 6).

(1) Excepciones propias de un régimen objetivo (artículo 22, numerales 1 a 5, EC)

A través de las causales previstas en los numerales 1 a 5 del EC se autoriza al demandado para invocar lo que tradicionalmente se ha denominado la "causa extraña". Esto es, la existencia de un suceso imprevisible, irresistible y ajeno a la órbita de actividad o control del demandado que ha sido la fuente generadora del daño. Baste señalar que mientras la imprevisibilidad se refiere a la imposibilidad de anticipar la ocurrencia del hecho causante del daño tomando en consideración los riesgos inherentes a la actividad y el curso normal de los acontecimientos, la irresistibilidad alude a la imposibilidad de enfrentar, anular o hacer cesar con éxito los efectos de su intervención. A su turno, la exterioridad o ajenidad exige que no se trate de una situación por la que el demandado deba responder. Dicho lo anterior, nos corresponde ahora pasar al examen de cada una de estas causales:

(a) Caso fortuito o fuerza mayor (numeral 1). Como circunstancias constitutivas de fuerza mayor suelen enunciarse "[...] las fuerzas de la naturaleza, algunas fuerzas del hombre y las violencias provenientes del derecho" (Tamayo Jaramillo, 2016, p. 166). Ahora bien: cuando el demandado invoca esta excepción le corresponde demostrar que el daño experimentado por el consumidor tiene una causa distinta al defecto del producto, es decir, que se deriva de una circunstancia que le resultaba imprevisible, irresistible y ajena a su órbita de actividad. Debe tratarse de una circunstancia externa al producto ya que el defecto de este, por más impredecible e irresistible que sea, no constituye un evento ajeno a la órbita de actividad del empresario. Con apoyo en esta causal podrá el empresario demostrar, por ejemplo, que la explosión del computador o del celular que causó las lesiones al consumidor tuvo por causa la sobrecarga del regulador o de la línea de energía eléctrica. Es decir, que aunque *prima facie* el producto sobrepasó el nivel de seguridad esperable el daño fue en realidad resultado de un curso de acción externo dentro del cual el artefacto intervino como un mero eslabón de comunicación de sus efectos. En este caso, el evento invocado debe haber sido la causa única y exclusiva del daño, pues en caso contrario, si tal hecho concurre con el funcionamiento defectuoso del producto o con el comportamiento del demandado (bien porque no previó o evitó el evento dañoso siendo previsible y resistible, o bien porque lo coadyuvó, propició o potencializó), seguirá siendo el demandado responsable de los daños experimentados por la víctima.

(b) Hecho de un tercero (numeral 3). Se considera "tercero" una persona distinta del demandado y de la víctima. Además, no debe tratarse de una persona por la que el empresario deba responder. En este sentido, no se consideran terceros los hijos con respecto a sus padres, los aprendices con respecto a sus tutores, ni los trabajadores con respecto a los empleadores (artículos 2347, 2348 y 2349 Código Civil colombiano). Por su parte, dentro del régimen de productos defectuosos no se consideran terceros entre sí el productor, el distribuidor y el expendedor. Tampoco procede invocar esta excepción cuando el empresario ha dado lugar al comportamiento de ese tercero como ocurre, por ejemplo, cuando el empresario lo ha autorizado, designado o encargado para que dirija, coordine, realice o intervenga en alguna etapa del proceso de producción.

Por esta vía el fabricante puede plantear su irresponsabilidad en aquellos casos en los que el defecto no existía al momento de colocar el producto en circulación, sino que este fue resultado de la alteración

o modificación, imprevisible e irresistible, del producto por parte de un extraño. Para que el demandado logre exonerarse de responsabilidad en tal caso el hecho de ese tercero debe mostrarse como causa única y exclusiva del daño experimentado por la víctima. Si, por el contrario, es causa concurrente o concausa con el defecto del producto, no sólo no se exonerará de responsabilidad, sino que el empresario y el tercero se harán solidariamente responsables frente a la víctima de la reparación del daño causado, razón por la cual ella contará con dos patrimonios llamados a responder por los perjuicios experimentados. El mismo razonamiento está presente, por ejemplo, en la directiva comunitaria donde se consagra que "la responsabilidad del productor no disminuirá cuando el daño haya sido causado conjuntamente por un defecto del producto y por la intervención de un tercero" (artículo 8.º, numeral 1, Directiva 85/374/CE).

Comentario especial merece el productor aparente. En su caso, aunque no es el productor real, sino que la ley lo considera artífice del producto por el hecho de haber colocado su nombre, marca o cualquier otro signo o distintivo en este (artículo 20, inciso 1.º), estimamos que no podría exonerarse de responsabilidad invocando que no es el fabricante auténtico, no sólo porque en tal caso podrá ser de todos modos catalogado como proveedor o expendedor, sino además porque la responsabilidad prevista en este régimen, como vimos, emerge no sólo de la creación del riesgo sino también de su explotación de manera habitual, profesional y lucrativa (riesgo de empresa).

(c) Culpa exclusiva de la víctima (numeral 2). Por *víctima* se entiende al directamente afectado. Para que el demandado se exonere totalmente de responsabilidad es necesario que el comportamiento de la víctima sea la causa única y exclusiva del daño por esta experimentado y se trate de un suceso imprevisible e irresistible para el empresario. Tal circunstancia acreditaría que el daño no se deriva de un defecto del producto sino de una fuente distinta. Así por ejemplo, podría el empresario demostrar que las lesiones que sufrió el consumidor no tienen vinculación con un defecto del producto sino que son consecuencia de que este no atendió las instrucciones o advertencias sobre la forma adecuada o segura de usarlo. También podría invocar esta causal cuando el producto ha sido destinado a un uso totalmente distinto o extraño al normal, habitual o previsible, y es por este hecho por lo que se torna peligroso, sin que el empresario hubiere podido prever tan inadecuado empleo por parte del consumidor. Por el contrario, si el comportamiento de la víctima es concurrente con el defecto del producto no

procederá la exoneración total de responsabilidad, sino su reducción en proporción a la incidencia causal del defecto y el comportamiento del afectado en la producción del daño. Esto ocurre, por ejemplo, cuando la víctima, "a sabiendas del defecto del producto defectuoso, lo utiliza y causa su propio daño" (Tamayo Jaramillo, 2016, p. 173).

(d) No haber puesto el producto en circulación (numeral 4). Con fundamento en esta causal, el empresario podrá oponerse a las pretensiones del demandante demostrando que el producto que causó el daño no fue producido o fabricado por él, sino por otro empresario, o que se trata de una falsificación o imitación defectuosa de aquel, o que a pesar de haberlo fabricado la mercancía no había sido colocada en el mercado. Esta causal puede usarse con dos propósitos: por un lado, para invocar la falta de legitimación en la causa por pasiva en la medida en que no sería el demandado quien estaría llamado a enfrentar las pretensiones del actor al no reunir la condición de productor, fabricante o expendedor del producto defectuoso; y, por otro, para plantear la ausencia de condiciones detonantes del régimen de responsabilidad en la medida en que el producto no habría sido lanzado al mercado (por ejemplo, porque era un modelo experimental o un lote defectuoso separado de la línea de producción sustraído indebidamente), caso en el cual esta excepción se muestra cercana con la prevista en el numeral 3 del artículo 22 del EC a la que antes hicimos alusión.

Esta excepción resalta el hecho de que la puesta en circulación del producto constituye un elemento configurativo o necesario de la responsabilidad por productos defectuosos, ya que "la responsabilidad solo surge a partir de ese momento" (Tamayo Jaramillo, 2016, p. 116). Por tanto, si no se ha verificado tal condición porque, por ejemplo, al momento de manifestarse el defecto la mercancía permanecía aún en las bodegas de la empresa, el daño causado por el producto no puede examinarse bajo las normas del EC.

No obstante, si el demandado no lograr demostrar que no colocó el producto en el mercado obrará en su contra la presunción de que el producto sí fue puesto en circulación por un acto suyo. Sin embargo, como ha hecho notar Tamayo (2016), para que tal "presunción" cobre efecto "es necesario que la víctima individualice, así sea por inferencia o por indicios, el producto defectuoso que le causó daño [...]" (p. 117), es decir, deberá establecer la correspondiente vinculación entre el daño y el producto.

(e) Ser el defecto consecuencia del cumplimiento de normas imperativas (numeral 5). En este caso, el defecto del producto es resultado

del acatamiento de normas obligatorias que regulan su "elaboración, rotulación o empaquetamiento". Por tanto, el empresario deberá demostrar que el acatamiento de la regulación constituyó la causa exclusiva y determinante del defecto del producto, por lo que no logrará exonerarse de responsabilidad si el defecto hubiera podido "ser evitado por el productor sin violar dicha norma". El carácter defectuoso del producto debe ser un aspecto desconocido para el empresario, pues si lo advierte o ha sido informado o advertido por cualquier consumidor de su carácter inseguro, será su negligencia el fundamento de la atribución de responsabilidad sin que a través de esta causal pueda convalidar o justificar el daño injustamente causado.

(f) La concurrencia de causas y la reducción de la responsabilidad del empresario (artículo 22, parágrafo, EC). Finalmente, estimamos que el parágrafo del artículo 22 del EC, que permite la disminución de la responsabilidad del productor ante la concurrencia de causas, sólo tiene aplicación cuando el consumidor ha colaborado o incidido en la causación del daño (numeral 2). En los demás eventos, cuando el defecto del producto es colaborativo con cualquier otra causal, la concurrencia de estas no puede tener por resultado la exoneración total ni parcial de responsabilidad pues ella iría en contravía de la protección del consumidor y la interpretación de las normas sustantivas en su favor (artículo 4.º, inciso 3.º EC).

(2) Excepción impropia: el "riesgo del desarrollo" (artículo 22, numeral 6, EC)

Bajo esta causal el empresario puede librarse de responsabilidad invocando que el estado de los conocimientos científicos y técnicos disponibles, en su nivel más avanzado, no le permitía descubrir la existencia del defecto. Sin embargo, al demandado no le basta acreditar que la tecnología empleada no le permitía contener, regular, manejar, descubrir, etc., el defecto presente en el producto, sino que debe demostrar que los conocimientos científicos disponibles, "en su nivel más avanzado", resultaban incapaces de dar cuenta del carácter riesgoso del producto, es decir, debe probar "la imposibilidad absoluta" de detectar la existencia del defecto. El demandado debe establecer, por tanto, cuál era el estado del arte en la respectiva disciplina, es decir, acreditar el nivel de desarrollo de la ciencia y de la técnica al momento de lanzar el producto al mercado. Dicho análisis debe hacerse en "abstracto" y no en "concreto". Es decir, no importa averiguar cuáles eran las condiciones particulares en las que se encontraba el fabricante o expendedor, sino las generales en las que cualquier productor o fabricante se habría

encontrado en ese momento considerando el avance de la ciencia y de la técnica. La reconstrucción del "estado del arte" guarda relación, entonces, con la identificación de los conocimientos avalados por la comunidad científica para el momento en que fue puesto en circulación el producto, sin que alguna incidencia tenga averiguar cuál era su estado para cuando el daño ocurrió o para cuando fue promovido el juicio[35].

Por el contrario, si lo que ocurre es que los nuevos conocimientos disponibles permiten detectar el defecto y el daño aún no se ha producido, corre a cargo del empresario la obligación de retirar del mercado los productos cuyo carácter defectuoso se ha hecho evidente (artículo 19 EC) ya que, de no hacerlo, el daño encontrará como causa su propio comportamiento y no las aludidas limitantes epistemológicas. En este sentido, el empresario incurrirá en culpa y, por tanto, será responsable de los daños que llegue a causar el producto cuando "a sabiendas de la existencia de un defecto en un producto nuevo o usado, decide venderlo al consumidor en lugar de impedir su circulación; o cuando vende un producto ya vencido" (Tamayo Jaramillo, 2016, p. 23), como también cuando se abstiene de informar oportunamente tal hecho a la autoridad correspondiente (artículo 19).

Consideramos que esta causal es ajena a un régimen de responsabilidad objetivo en la medida en que no está dirigida a demostrar que el daño fue causado por un evento distinto al defecto del producto, sino que, por el contrario, da por supuesta tal vinculación. Por tanto, en la medida en que la defensa se plantea en términos de la posibilidad de que el empresario anticipe o prevea el daño, como explica parte de la doctrina, "estamos ante una exoneración por la prueba de la ausencia de culpa" (Mantilla Espinosa & Ternera Barrios, 2014, pp. 55-56).

4. Propuesta de modernización

Aunque el EC pretendió poner el ordenamiento interno a tono con los desarrollos que en materia de la responsabilidad por productos

[35] Sobre este particular, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea razonó el 29 de mayo de 1997, en un caso que enfrentó a la Comisión Europea contra el Reino Unido, los siguientes parámetros "(a) que el análisis no debía hacerse in concreto, es decir, no debía tomarse en consideración el estado de conocimientos científicos y técnicos que el productor conocía o debía conocer, sino los conocimientos que se le presume tener; (b) que este estado de conocimientos no se limita al sector industrial dentro del cual opera el productor; (c) que el nivel de conocimientos exigido es el más avanzado que existía en el momento de la puesta en circulación y (d) que este nivel de conocimientos haya sido accesible —puesto en conocimiento del público y con una antelación razonable" (Mantilla Espinosa & Ternera Barrios, 2014, p. 49).

defectuosos han tenido lugar principalmente en los Estados Unidos y en la Comunidad Europea, dicha normatividad no está exenta de incurrir en ciertas lagunas y contradicciones (Tamayo Jaramillo, 2016, p. xxiii). Por esto, la doctrina ha abogado por la revisión de tales normas al considerar que "las previsiones del Estatuto pasan a ser un «ítem» esencial en el inventario de los cuerpos normativos del derecho privado colombiano, al lado del Código Civil y del de Comercio, lo que justificaría, al menos, una adecuada armonización de los tres [...]" (Aramburo Calle, 2015, p. 190). En la presente sección nos ocupamos de los principales aspectos que se han de tener en cuenta con vista a una futura iniciativa legislativa de actualización o modernización de las disposiciones que conforman el régimen de responsabilidad por productos defectuosos.

A) *Ampliación de las nociones de "defecto" y de "producto defectuoso"*

Dentro de la categoría de "producto defectuoso" deberían quedar incluidas, de manera expresa, las materias primas agrícolas y agropecuarias no transformadas pues en el estado actual del desarrollo industrial y científico es imposible garantizar su introducción al mercado "en el mismo estado que se encontraría en la naturaleza". En efecto, dichos productos son expuestos, tratados o conservados con sustancias capaces de afectar sus calidades biológicas (*v. gr.* fungicidas, conservantes, abonos, alimentos, entre otros), de modo que se crea una nueva fuente de riesgos para la salud y la seguridad de los consumidores. En este sentido, un sector de la doctrina considera que tales productos implican también "un riesgo, ya que, si bien no son sometidos a una transformación industrial, suelen ser tratados con productos químicos (insecticidas, fertilizantes, agentes de conservación), o bien son almacenados inadecuadamente, lo que puede alterar las características naturales del producto" (Ghersi 194). En relación con este punto, en la Unión Europea, por ejemplo, a raíz de la crisis de las "vacas locas" se decidió incluir como productos defectuosos las materias agrícolas no transformadas (*Libro verde. La responsabilidad civil por productos defectuosos*, p. 6).

Por otro lado, algunos autores consideran que "[l]os productos del cuerpo humano pueden englobarse dentro del campo de aplicación de las normas sobre productos defectuosos, siempre y cuando, al momento

de causar el daño hayan sido puestos en circulación" (Tamayo Jaramillo, 2016, 60-21). En relación con los productos provenientes del cuerpo humano (por ejemplo, la sangre, los órganos, el plasma, entre otros), la discusión ha surgido porque estos pueden ser fuente de enfermedades. Así, por ejemplo, en Francia hace algunas décadas cientos de pacientes que recibieron transfusiones sanguíneas adquirieron el virus del sida debido a que la sangre estaba contaminada. Por nuestra parte, consideramos que este es un producto que debería ser incluido de manera expresa por el legislador para zanjar toda discusión ulterior.

Dentro de la noción de "producto defectuoso" deberían incluirse, además de los errores de diseño, fabricación o presentación del producto, los "defectos de conservación" como fuente adicional de riesgos para la salud o seguridad del consumidor. Esta clase de defecto se presenta "cuando los envases o empaques del producto son deficientes" (Eslava Dangond, 2013, p. 24), como también cuando los productos han sido indebidamente almacenados o conservados.

Por otra parte, también se encuentra aplazada la discusión sobre la posibilidad de incluir el daño causado por "servicios defectuosos", cuestión enunciada en la norma y respecto de la cual la Corte Constitucional en sentencia del 30 de agosto del 2000 (C-1141/2000) había dicho que "[l]os defectos de los productos y servicios no son indiferentes para el consumidor y el usuario, pues las lesiones que generan pueden afectar su vida, su integridad física y su salud"; lo anterior, en armonía con el canon constitucional según el cual "[s]erán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios (artículo 78 Constitución Política)".

Además, el legislador está en mora de regular de manera completa la hipótesis de responsabilidad por "inmuebles defectuosos", enunciada de manera tangencial en el artículo 5.º numeral 17 del EC y en el artículo 8.º inciso final ibídem.

Por último, frente a quienes claman por la inclusión de la energía eléctrica y el gas dentro de la lista de productos susceptibles de ser defectuosos (Tamayo Jaramillo, 2016, p. 62), consideramos que tal modificación sería regresiva para el consumidor en la medida en que por tratarse de cosas o actividades que la jurisprudencia tradicionalmente ha considerado peligrosas el damnificado puede acudir al régimen de

responsabilidad previsto en el artículo 2356 del Código Civil, norma más favorable para este en la medida en que solamente opera como causal de exoneración de responsabilidad la causa extraña, lo cual implica excluir, por ejemplo, el llamado "riesgo del desarrollo", por lo que la víctima se encuentra bajo este esquema en una mejor posición que en la que se hallaría si tuviera que acudir al EC.

B) *No ampliación de los llamados a responder*

Consideramos inconveniente modificar el abanico de los llamados a responder, es decir, de los legitimados por pasiva. En este sentido, si bien la noción de "relación de consumo" ha posibilitado vincular al consumidor con los agentes económicos que participaron en el diseño, producción, fabricación, comercialización y distribución del producto, nos parece excesivo atar por esta vía a quienes intervinieron en la "difusión publicitaria del bien e incluso intermediación financiera [...]" (Aramburo Calle, 2015, p. 189). En efecto, consideramos que no deberían ser incluidos como responsables quienes solamente han intervenido de manera colaborativa (como ocurre con el transportador, el intermediario financiero o el publicista), pues a pesar de su cercanía con el negocio, no tienen incidencia en la construcción, el diseño, la presentación o conservación del producto y, por lo general, no tienen ninguna información de este. Dichos sujetos no tienen control alguno sobre los dispositivos que originan la peligrosidad del producto, como tampoco puede considerarse que el riesgo derivado del carácter inseguro del producto sea para ellos un alea propio del giro ordinario de sus negocios.

C) *Aligeramiento de la carga de la prueba del defecto y del nexo causal*

Si bien es cierto que al afectado le corresponde "demostrar el defecto del bien, la existencia del daño y el nexo causal entre este y aquel" (artículo 21 EC), en ocasiones al damnificado le resulta extremadamente difícil, si no imposible, determinar el carácter defectuoso del producto o reconstruir el vínculo de causalidad entre este y el daño por él experimentado. Ante esta situación la jurisprudencia foránea, con acierto, ha optado por aligerar la carga de la prueba que pesa sobre el consumidor.

En este sentido, el EC debería incorporar dentro de sus disposiciones la previsión de que, atendiendo la especial complejidad del asunto, las

dificultades para demostrar el origen del defecto, el nexo causal o la persona del fabricante, tales elementos pudieran acreditarse de manera indirecta por el consumidor o usuario. Así, por ejemplo, en relación con la fuente del daño, esta podría ser establecida por exclusión cuando "ninguna otra causa que la que está siendo analizada permit[a] explicar el daño" (Le Tourneau, 2010, p. 77). Con apoyo en esta teoría, por ejemplo, el paciente contaminado por una transmisión viral resultado de una transfusión podría demostrar que no estuvo expuesto a ningún otro mecanismo de contaminación (Le Tourneau, 2010, p. 77). También podría tenerse por acreditado el nexo causal a partir de su probabilidad preponderante, evento en el cual la relación causal quedaría establecida a partir de su alta probabilidad de existencia tomando como referencia los antecedentes del daño. Finalmente, en lo que respecta a la identificación del productor, no existe razón para que no se pueda aplicar en favor del consumidor la teoría de la "participación en el mercado" (*market share liability*), cuando la dificultad para identificarlo, a pesar de la diligencia del perjudicado, ha sido propiciada por los actores económicos que hacen parte del ramo correspondiente.

D) *El daño*

A nuestro modo de ver, la restricción que incorpora el artículo 20 del EC que le impide al consumidor perseguir la reparación del daño cuando este no ha afectado más que al producto mismo es irrazonable. En este sentido, aunque el legislador colombiano no estableció de manera expresa unos topes inferiores o superiores para la reparación de los daños derivados de productos defectuosos (procedimiento que ha sido utilizado en otros ordenamientos, por ejemplo en la Comunidad Europea donde existe una franquicia mínima, lo cual implica que en la práctica en dicho sistema "el daño a las cosas es resarcible solamente si excede una suma determinada" (Visintini, 2015, p. 240), como también utilizado para admitir frente a ciertas hipótesis que la responsabilidad global del productor "se limite a una cantidad" [artículo 16][36]),

[36] Según lo previsto en el artículo 9.º de la Directiva Europea, 85/37456, "La responsabilidad del productor no es ilimitada desde el punto de vista económico con la directiva actual. La franquicia prevista en su artículo 9 permite al productor no compensar a la víctima por los daños causados a los bienes inferiores a 500 ecus. La directiva 85/374/CEE se refiere formalmente al ecu como valor histórico. En el marco de la directiva actual y en contra de la opinión de determinados Estados miembros, la Comisión piensa

la restricción contenida en el artículo 20 del EC equivale en la práctica a fijar un umbral de indemnización a cargo del consumidor, toda vez que los daños que no alcanzan más que al producto mismo no sólo no serán indemnizables bajo las pautas de la responsabilidad por productos defectuosos, sino que difícilmente encontrarán una oportunidad adecuada de indemnización bajo las normas del Código Civil, del Código de Comercio o de la garantía de calidad y eficiencia, por los breves plazos de prescripción o reclamación que ellas establecen y porque estos corren desde la entrega de la cosa y no desde que el daño ocurre. A lo anterior se suma que no es claro tampoco que en todos los eventos el perjudicado pueda invocar el régimen de responsabilidad por cosas o actividades peligrosas previsto en el artículo 2356 del Código Civil colombiano.

En este sentido, consideramos que no existe razón para no permitir bajo este régimen la indemnización del daño experimentado por el producto defectuoso mismo. No obstante, en tal caso el monto de la indemnización podría determinarse considerando el término de vida útil del producto y el tiempo transcurrido al momento del siniestro desde su comercialización.

E) *Depuración del "riesgo de desarrollo" de las causales de exoneración*

La conveniencia de esta causal de exoneración es permanentemente discutida por la doctrina[37]. Su presencia en el ordenamiento jurídico implica que el empresario no será declarado responsable de los daños experimentados por el consumidor si al momento de elaborarse y comercializarse el producto no le resultaba posible conocer su carácter inseguro.

---

que esa franquicia no es opcional. El artículo 16, en cambio, contempla la posibilidad (no la obligación) de imponer un límite máximo a la responsabilidad del productor por daños causados a las personas físicas en caso de accidentes en serie. Ese límite está fijado en 70 millones de ecus (importe muy difícil de alcanzar en la práctica) pero puede superarse. Solo Alemania, España y Portugal han contemplado una limitación de este tipo" (Comisión de las Comunidades Europeas, 1999, pp. 21-22).

[37] Zalamea (2014) resume bien la tensión que este asunto suscita: "[…] por un lado resulta muy gravoso para los productores hacerlos responsables por hechos o circunstancias que no hubieran podido evitarse con el estado de la ciencia del momento, pero a la vez resulta injusto para los consumidores, que sean ellos los que asuman este tipo de riesgo de manera individual" (pp. 60-61).

Casos como el de la talidomida[38], el dietilestilbestrol (DES)[39], el Avión Comet 1[40] o los implantes mamarios de aceite de soja[41] (Prieto Molinero, 2005, pp. 87-99), por citar unos pocos ejemplos, ponen de manifiesto la imposibilidad general de prever las consecuencias nocivas de un producto en razón de las limitaciones del conocimiento científico propias de cada momento.

Tanto en el plano jurídico como en el plano social, resulta inconveniente el mantenimiento de esta causal de exoneración. En relación con lo primero, dicha causal resulta ajena a un régimen de responsabilidad objetivo en la medida en que bajo su alcance lo que termina siendo analizado en últimas es "la normalidad a anormalidad del comportamiento desplegado por el agente, es decir, su concordancia con el patrón de conducta vigente" (Ramírez Sierra, 2015, p. 87). En este sentido, el mantenimiento de una defensa para el demandado soportada en los "riesgos del desarrollo" lejos de reforzar el sistema de responsabilidad objetiva, lo socaba.

En relación con lo segundo, bajo el amparo de esta causal se pone en cabeza de las víctimas el precio del desarrollo. De manera que mientras

[38] Se trataba de una sustancia de síntesis que había sido descontinuada por la empresa creadora por considerar que carecía de efectos farmacológicos y que posteriormente fue empleada por otra compañía para tratar los cuadros de ansiedad, insomnio y náuseas que experimentan las mujeres gestantes al inicio del embarazo, y que ocasionó malformaciones en los hijos de aquellas mujeres o que la expectativa de supervivencia no sobrepasara el primer año de nacimiento (Prieto Molinero, 2005, pp. 87-99).

[39] Es la versión sintética de la hormona femenina —estrógeno— que fue recetada a las madres gestantes que habían experimentado abortos espontáneos, presentaban sangrado o padecían diabetes. Aunque no tuvo efectos adversos en las pacientes, las hijas de estas mujeres sufrieron alteraciones en la vagina o en el cuello uterino al llegar a la adolescencia e incluso llegaron a desarrollar cáncer en estos órganos (Prieto Molinero, 2005, pp. 87-99).

[40] El propósito fue desarrollar un avión más rápido que los existentes. Sin embargo, luego de su primer vuelo se comenzaron a presentar incidentes aéreos para los cuales no fue posible detectar su causa, por lo que se dictaminó por parte de los científicos e ingenieros que no había justificación para establecer restricciones a la aeronave. Después se descubrió que los accidentes se debían a que en este tipo de aeronaves el desgaste o fatiga de los materiales era mucho más acelerado que en las tradicionales (Prieto Molinero, 2005, pp. 87-99).

[41] Estos implantes se ofrecieron como sustitutos de las prótesis de gel de silicona, debido a que estas se acusaban de causar daños al sistema inmunológico. Sin embargo, posteriores estudios demostraron el carácter nocivo de las nuevas prótesis dado que la degradación del aceite daba lugar a la producción de ciertas sustancias, algunas de ellas genotóxicas, al tiempo que se desmentía la nocividad de las prótesis de silicona.

el empresario recibe lo réditos de la actividad económica que ejerce de manera habitual, profesional y lucrativa, el costo derivado de los daños que sus productos causan es trasladado al consumidor. A nuestro modo de ver, la protección del consumidor reclama que el empresario responda por todos los riesgos asociados a su actividad, "[...] aunque ellos sean riesgos atípicos" (Guido, citado por Messina, p. 200). Baste recordar que en contraste con el consumidor el empresario se encuentra en mejores condiciones técnicas, administrativas, económicas y jurídicas para prever, controlar, administrar, gestionar, asegurar y distribuir este riesgo el que resulta connatural a la actividad que realiza.

Ahora bien: aunque lo deseable sería la supresión total de esta causal, algunos ordenamientos han planteado su desmonte parcial. Así, por ejemplo, podría el legislador mantenerla sólo para los medicamentos (*v. gr.* en Alemania), o para éstos y los productos alimenticios (como se dispone en España), o solamente para los productos derivados del cuerpo humano (como sucede en Francia) (Mantilla Espinosa & Ternera Barrios, 2014, p. 60).

F) *El establecimiento de términos para la garantía de seguridad y de prescripción de acciones*

Por último, la norma debería incluir un término de garantía de seguridad contado a partir de la puesta en circulación del producto, de manera que si un consumidor sufre un daño como consecuencia del defecto del producto pueda reclamar, dentro de un plazo específico, la indemnización de los daños resultantes. El Estatuto no considera ninguno de estos términos. La doctrina ha sugerido que el término de la garantía por seguridad sea de diez años y el de prescripción para que la víctima reclame la indemnización sea de diez años adicionales, que se computarían a partir de la causación del daño (Tamayo Jaramillo, 2016, pp. 194 y 200).

Consideramos que el período de "garantía de seguridad" podría ser establecido considerando la "vida útil del bien". De esta forma se podría proteger al empresario cuando el producto tornara defectuoso más allá de su término razonable de utilización. Sin embargo, para evitar abusos con el establecimiento de términos irrisorios, podría fijarse un término legal mínimo con la posibilidad de que se ofrezcan al consumidor términos superiores atendiendo la naturaleza, la calidad y los propósitos del producto. En todo caso, a nuestro modo de ver diez años es un plazo razonable de garantía de seguridad del producto. Este plazo

debería ir acompañado de un periodo de reclamación ordinario de tres años, que corren a partir del momento en que el consumidor ha conocido o debido conocer del daño; y extraordinario de diez años cuando haya sido extremadamente difícil identificar al productor o cuando el daño solamente se ha hecho evidente luego de un largo periodo de latencia que ha dificultado el establecimiento del nexo de causalidad entre el daño y el defecto del producto.

CONCLUSIONES

El propósito de este artículo era realizar un breve recorrido por el régimen de responsabilidad por productos defectuosos previsto en el Estatuto del Consumidor colombiano. Llegados a este punto, nos corresponde presentar las principales conclusiones de nuestro análisis:

(1) Los estatutos de protección al consumidor surgieron con el objetivo de dar respuesta a las exigencias que la sociedad industrial planteó, para las cuales los códigos decimonónicos, imbuidos en el principio de la autonomía de la voluntad, la culpa y el contrato, no tenían categorías adecuadas; dentro de tales exigencias se puede enlistar la de hacer frente a los daños derivados del progreso industrial.

(2) El derecho del consumo incorpora un régimen especial de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Las nuevas disposiciones que de la mano de la jurisprudencia han ido viendo la luz contienen un régimen distinto, incluso "sui generis", bajo cuyo alcance se ha hecho inoperante el principio de la relatividad de los contratos, la distinción entre derecho público y derecho privado, e incluso aquella entre derecho contractual y derecho extracontractual.

(3) Lejos de suponer que los productos son o pueden ser absolutamente seguros, este esquema entiende que existe un nivel tolerable de riesgo más allá del cual se viola la expectativa de inocuidad que el consumidor legítimamente puede fundarse. Ahora bien: la decisión de asignarle al empresario la obligación de reparar los daños experimentados por el consumidor como consecuencia del carácter defectuoso de los productos que son puestos en el mercado es la contrapartida de la marcada asimetría que existe entre las partes (empresario y consumidor) para conocer, precaver, evitar o distribuir el riesgo o los efectos de la actividad económica; la naturaleza de los derechos e intereses involucrados; y el carácter lucrativo, profesional y estable con que el empresario ejerce la actividad.

(4) Las disposiciones de la Ley 1480 del 2011 estructuran un régimen de responsabilidad por productos defectuosos objetivo (se prescinde de la culpa), principal (sus normas se aplican de preferencia), autónomo (debe acudirse al EC salvo vacío legal) y proteccionista (las partes no pueden modificar sus disposiciones y toda duda debe resolverse a favor del consumidor). Dentro de sus notas distintivas pueden enlistarse las siguientes: (a) el establecimiento de un mecanismo de prevención del daño contingente y medidas administrativas para impedir la producción, distribución o comercialización de productos defectuosos; (b) la atribución de competencia privativa a la jurisdicción ordinaria para tramitar las demandas que formulen los afectados; (c) el establecimiento de una responsabilidad solidaria entre productor y expendedor; (d) la ampliación de los legitimados por activa para reclamar la indemnización (consumidor y usuario) y (e) la existencia de causales de exoneración de responsabilidad predominantemente objetivas.

(5) A pesar del propósito que persiguió el Estatuto, sus normas no están libres de vacíos y contradicciones. Por tal razón, con miras en una futura reforma o modificación de ellas sería conveniente que se examinaran los siguientes aspectos: (a) la ampliación de la noción de "defecto" para incluir expresamente en este régimen los productos agrícolas, los agropecuarios y los derivados del cuerpo humano; (b) el desarrollo de las hipótesis de daños causados por inmuebles y servicios defectuosos; (c) la inclusión del defecto de "almacenamiento" o "conservación"; (d) el diseño de mecanismos de aligeramiento de la carga de la prueba cuando existan circunstancias particularmente complejas que amenacen con hacer nugatorio el derecho del consumidor a la indemnización; (e) la inclusión de la destrucción o avería del producto defectuoso mismo como un daño indemnizable; (f) la eliminación o el desmonte de la causal de exoneración fundada en el riesgo del desarrollo y (g) la fijación del término de garantía de seguridad y los plazos de prescripción.

BIBLIOGRAFÍA

Andorno, R. (18 de julio del 2002). El principio de precaución: un nuevo standard jurídico para la era tecnológica. *La Ley* , pp. 1 y ss.

Aramburo Calle, M. A. (2015). Modernizar la responsabilidad extracontractual. Un mapa de problemas. En M. Castro de Cifuentes, *Modernización de las obligaciones y de los contratos* (pp. 153-212). Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes-Temis.

Beck, U. (2006). *La sociedad del riesgo*. *Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós.

Chavarro Cadena, J. E. (2012). *Estatuto del consumidor*. Bogotá: Nueva Legislación.

Comisión de las Comunidades Europeas. (1999). *Libro Verde*. *La responsabilidad civil por productos defectuosos*. Bruselas.

Cruz Camargo, M. M. (2012). La garantía legal y la responsabilidad por producto defectuoso en el nuevo Estatuto del Consumidor. *Contexto*, 11-35.

Eslava Dangond, A. (2013). La responsabilidad del fabricante por producto defectuoso en el nuevo Estatuto del Consumidor Ley 1480 del 2011. *Revista de Derecho Privado* (49), 1-33.

Espinosa Apráez, B. (2015). La responsabilidad por producto defectuoso en la Ley 1480 del 2011. Explicación a partir de una obligación de seguridad de origen legal y constitucional. *Revista de Derecho Privado* (28), 367-399.

Ghersi, C. A. (2013). *Teoría general de la reparación de daños*. Bogotá: Astrea.

Gutiérrez Santiago, P. (2008). *Daños causados por productos defectuosos: su régimen de responsabilidad civil en el texto refundido de 2007 de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*. Pamplona: Aranzadi.

Kluger, V. (2006). *Análisis económico del Derecho*. *Buenos Aires*. Buenos Aires: Heliastra.

Le Tourneau, P. (2010). *La responsabilidad civil* (3ª reimpresión). Bogotá: Legis.

López, M. D. (2006). *Interpretación constitucional*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

López Mesa, M. J. (2009). *Elementos de responsabilidad civil: exámen contemporáneo*. Bogotá: Universidad Javeriana.

Mantilla Espinosa, F., & Ternera Barrios, F. (2014). El riesgo de desarrollo en la responsabilidad por productos del derecho colombiano. *Ius et Praxis* (1), 39-66.

Messina de la Estrella Gutiérrez, G. N. (1989). *La responsabilidad civil en la era tecnológica*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Mezzasoma, L. (2012). *La responsabilidad civil por los daños causados por las cosas en el derecho contemporáneo: Especial referencia al derecho italiano y español* (2ª edición). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Pérez Salas, D. O. (2007). *La responsabiliadd civil por riesgo entre particulares*. Bogotá: Doctrina y Ley.

Pizarro, R. D. (2006). *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa*. Buenos Aires: La Ley.

Priest, G. L. (2005). El derecho de la responsabilidad extracontractual y su reforma. En C. F. Rosenkrantz, *La responsabiliad extracontractual*. Barcelona: Gedisa.

Prieto Molinero, R. (2005). *El riesgo de desarrollo un supuesto paradójico de la responsabilidad por productos*. Madrid: Dykinson.

Ramírez Sierra, D. F. (2015). *El riesgo como fundamento de responsabilidad. Daños causados por productos defectuosos*. Bogotá: Leyer.

Santos Ballesteros, J. (2008). *Instituciones de responsabilidad civil* (vol. III). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Sarmiento García, M. G. (2009). *Estudios de responsabilidad civil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Sarmiento, G. M. (2013). La responsabilidad extracontractual y riesgo empresarial a la luz del convenio de Montreal del 2009 sobre daños causados a terceros por aeronaves. En C. Bernal Pulido, *Filosofía de la responsabilidad civil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Tamayo Jaramillo, J. (1998). La responsabilidad civil por productos defectuosos y su aseguramiento. *Revista Ibero Latinoamericana de Seguros* (12), 7-89.

Tamayo Jaramillo, J. (2016). *Responsabilidad por productos defectuosos*. Bogotá: Legis.

Visintini, G. (2015). *¿Qué es la responsabiliadd civil?: fundamentos de la disciplina de los hechos ilícitos y del incumplimiento contractual*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Zalamea Lechtman, A. C. (2014). *La responsabilidad civil derivada de los productos defectuosos*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana-Ibáñez.

Zornosa Prieto, H. E. (2012). Riesgos, globalización y justicia. Ensayo sobre la aproximación a los fundamentos teóricos para la reconstrucción de las categorías básicas en el régimen de responsabilidad civil. En H. E. Zornosa Prieto, *Escritos sobre riesgos y seguros*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Capítulo VI

Algunas particularidades del contrato de compraventa celebrado con consumidores*

Juan Carlos Bastidas Gómez**

Introducción

La actividad de consumo y más específicamente la actividad contractual que de ésta se desprende están soportadas sobre la base de ciertas prerrogativas que dan paso a su existencia. Se deben mencionar, entonces, las libertades económicas, de empresa y de libre competencia. De la primera, es oportuno decir que se erige dentro de nuestro ordenamiento como una prerrogativa garantizada, pero ceñida a unos límites de carácter legal que la enmarcan y restringen. Así lo ha expresado la Corte: "[Es] la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio" (Corte Constitucional, sentencia C-624 de 1998. M. P.: Alejandro Martínez Caballero).

De la segunda, la libre competencia, se destaca que es una prerrogativa, "la contienda de empresarios que emplean diversos medios tendientes a obtener determinados fines económicos y a consolidar y fortalecer sus empresas mediante la atracción y conservación de la clientela" (*Gaceta del Congreso*, 9 de septiembre de 1994, exposición de motivos del "Proyecto de ley por el cual se dictan normas sobre competencia desleal").

Ahora bien: cabe destacar al contrato como instrumento que materializa la libertad de empresa según lo expresado "en razón [de] que el

* Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2017.165.

** Abogado egresado de la Universidad Militar Nueva Granada. Especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia, en Derecho Administrativo de la Universidad Militar Nueva Granada y en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes. Magíster en Derecho Privado de la Universidad de los Andes. Profesor de cátedra de la Universidad de los Andes. Socio y gerente de la firma Bastidas Abogados. Correo electrónico: jc.bastidas10@uniandes.edu.co.

contrato constituye uno de los principales instrumentos en la circulación de bienes y servicios, así como para contraer derechos y obligaciones económicas, debe entenderse que la libertad de contratación es un elemento propio de la libertad de empresa, que se encuentra protegido constitucionalmente" (Corte Constitucional, sentencia C-535 de 1997. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz). Sin perjuicio de lo expuesto, se pasa a aclarar que la actividad contractual como tal, y al igual que todas las prerrogativas previstas dentro del ordenamiento local, encuentra limitantes como la prevalencia del interés general (Constitución Política, artículo 1.º); por ende, constituyen corolario del límite a las actividades económicas el derecho a la competencia y las normas sobre protección de los consumidores.

De lo anterior se colige que si bien hay plena libertad para efectuar acuerdos privados mediante actos contractuales —ya que se considera a los actores del mercado autónomos y facultados para determinar el alcance, contenido y las condiciones de sus actos jurídicos, o lo que se conoce como "principio de autonomía de la voluntad privada" del artículo 1602 del Código Civil—, esta libertad se ciñe a los límites de observancia respecto de "normas de orden público, entre otras, las relacionadas con la libre y leal competencia y con la protección de los consumidores" según lo acotado por la Superintendencia de Industria y Comercio en radicado 11-135710-00003-0000 del año 2011.

Sobre la base de la temática contractual limitada legalmente, se pasará a decantar la situación actual en la República de Colombia de algunas particularidades del contrato de compraventa celebrado con consumidores, en temas referentes a integración de las obligaciones devenidas del anuncio publicitario, el retracto y la figura de reversión de pagos. Ello con la intención de poner en contexto al lector de lo que constituye el estado de las materias y cómo con la dinámica del mercado se ha gestado una actividad que ha buscado perfilarse como respuesta efectiva a las necesidades de protección de los actores del consumo.

1. Integración de las obligaciones devenidas del anuncio publicitario

A) *Deber de información*

La obligación de la información constituye un deber primario que se ha instituido legalmente en el marco de la actividad de consumo. Así, se demanda que los proveedores y productores deberán brindar al

consumidor una información que debe reunir unas calidades especiales, en cuanto a que sea "clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos que ofrezcan", según lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 1480/2011.

Por una parte, se exige un deber de información especial, que observe unos requerimientos y cuya inobservancia o incumplimiento puede aparejar unas sanciones estrictas de ley, endilgando responsabilidad de todo daño que sea consecuencia de la inadecuada o insuficiente información.

Por otra parte, otro aspecto relevante que constituye el núcleo de la obligación es el contenido mínimo de información. Sobre ello se destaca la exigencia de suministrar de parte del productor los datos referentes a: (a) instrucciones respecto del correcto uso o consumo, conservación e instalación del producto o utilización del servicio; (b) cantidad, peso o volumen, en los casos en que proceda; (c) fecha de vencimiento cuando ello fuere pertinente en el caso de productos perecederos, indicada en sus etiquetas, envases o empaques (artículo 24, numeral 1, Ley 1480/2011). El proveedor, por su parte, está obligado a suministrar información referente a las garantías que asisten o cobijan al consumidor o usuario, además del precio, que debe observar las disposiciones de esta ley sobre la materia (artículo 24, numeral 2, Ley 1480/2011). Así, el deber de información cobija a los dos sujetos entendidos como productor y proveedor, por considerar su posición de ventaja y conocimiento respecto de la actividad de consumo.

B) *Publicidad y fuerza vinculante*

La actividad publicitaria apareja un deber fehaciente, en el entendido de que el anunciante se encuentra obligado sobre la base de las condiciones objetivas y específicas por él prometidas dentro de su publicidad como manda el artículo 29 de la mencionada Ley 1480.

Así, cualquier información que, contenida en la propaganda comercial, marca o leyenda, pueda inducir a un error al consumidor que lo lleve a contratar será considerada engañosa. Un ejemplo que ilustra la situación puede ser el presupuesto de inducir a error sobre el que la Superintendencia sancionó a un operador de servicios de telefonía al estudiar o analizar la expresión publicitaria de "la tarifa más atractiva" usada por éste en aras de promocionar las tarifas ofrecidas por su compañía, considerándose que dicha expresión lleva al consumidor a pensar erradamente que "la tarifa más atractiva" no puede ser otra que

la más baja. Esto no sólo ponía en apuros a los competidores, sino que no correspondía a la realidad, debido a que otro operador ofrecía un precio más bajo que el indicado por el anunciante.

Dan también cuenta de estos comportamientos tipologías de acciones como:

- Establecer formas para trasladar al consumidor los costos del incentivo sin que éste pueda advertirlo fácilmente, en el caso de cuando se disminuye la calidad o cantidad del producto o servicio o se incrementa su precio

- Otro caso versa sobre la información de restricciones, limitaciones, excepciones y condiciones adicionales para la adquisición del producto o servicio, que han dejado de incluirse en la propaganda comercial y no se le da igual relevancia a la dada al ofrecimiento del producto o servicio anunciado y en general todo acto que denote una discordancia respecto de lo informado o comunicado.

El ordenamiento se ha caracterizado por su contundencia al determinar la responsabilidad en cabeza de quienes no observen los requisitos de publicidad, por lo que el productor será responsable por las marcas y leyendas que exhiban sus bienes y servicios, así como por la propaganda comercial de estos, cuando su contenido no corresponda a la realidad o induzca a error según artículo 31 del Decreto 3466 de 1982.

Sin perjuicio de lo anterior, la responsabilidad se hace extensiva a proveedores o expendedores, ya que, aunque no de forma expresa, en el entender del Consejo de Estado y denotado en varios fallos, "las normas contenidas en el Estatuto del Consumidor relativas a la información (artículos 14, 15, 16, 17, 31 y 32 del Decreto 3466 de 1982) también son aplicables a quienes ofrecen productos y servicios, es decir, comerciantes o proveedores o distribuidores".

Una de las novedades destacables en nuestro sistema es la existencia de un Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria, norma de derecho blando, que se perfila como una herramienta de notable importancia en cuanto trata temas específicos de la materia de publicidad. Como reza en su contenido de la parte introductoria, se ve plasmado un fin primario de orden y sujeción:

> [...] la publicidad colombiana ha querido ir más allá de las licencias legales para establecer normas de comportamiento que, si bien restringen aún más la libertad reglada, ofrecen garantías de respeto hacia los demás y hacia la actividad que desarrollan honrando valores que, como la verdad, la decencia y la honestidad se erigen en principios de defensa del consumidor, sujeto por excelencia de la comunicación.

Sobre el tema de nuestro interés trata detalladamente la protección al consumidor, en conexión con la publicidad comparativa estableciendo lo necesario para su ejercicio, sus requisitos y el respeto al consumidor como limitante básica. Este constituye, así, una herramienta que abandera la autorregulación, en el sentido de que los sujetos de forma voluntaria han decidido someter la actividad privada publicitaria a un control o sujeción que garantice unas condiciones de ejercicio paritarias y justas.

En cuanto a sus alcances, en el artículo 2.º reza: "El presente Código rige el contenido de la comunicación publicitaria y demás mensajes comerciales, la promoción corporativa e institucional y las distintas actividades publicitarias que se realizan para incentivar las ventas directas en Colombia"; quedan sometidos a él, conforme su artículo 3.º, quienes estén involucrados en la actividad publicitaria: "Las normas éticas dispuestas en este Código serán observadas por toda persona, natural o jurídica, involucrada en la preparación y elaboración del mensaje publicitario" y el uso de este instrumento está abierto para cualquier sujeto, con acceso irrestricto:

> Cualquier persona —natural o jurídica, pública o privada—[,] integre o no el sector publicitario[,] y el consumidor, todos éstos independientemente o a través de las asociaciones que los agremien o representen, podrán acudir a la instancia ética de la publicidad, conforme lo dispone el capítulo octavo.

Se pone de presente que el deber de incorporar las obligaciones devenidas del anuncio publicitario es tal que ha llegado a ser base de decisiones constitucionales que han pretendido la salvaguarda de derechos fundamentales mediante la instauración de una acción de tutela. De ello da cuenta un caso particular de tutela, de expediente T-250298 del 2000, en el que la consumidora afectada demanda en acción de tutela a su aseguradora requiriendo que cumpla lo prometido dentro de la publicidad y que la incentivó a contratar; en ese caso, el incentivo fue una cobertura que prometía efectuar cierto procedimiento quirúrgico. La institución lo puso en estos términos:

> Pero, además, si la compañía, en su propaganda, o al anunciar o promocionar sus servicios o al enviar a sus posibles clientes cotizaciones que detallan las ventajas de contratar con ella —como acontece en este caso—, ofrece cierta cobertura, y por esa causa una persona decide tomar la póliza, aquélla está obligada en los términos de la oferta, que si son desconocidos, modificando sus alcances, ya en ejercicio del contrato y causando daño o amenaza

> a derechos fundamentales, dan lugar a que ante los jueces de tutela la empresa deba responder, cobijando todo aquello que prometió a los eventuales tomadores del seguro.

Por ende, se considera que el hecho de prometer mediante la publicidad deriva en un deber inexcusable de cumplir con todo lo consignado, es decir, con los términos que constituyen la oferta, y en consecuencia señala:

> En síntesis, las ofertas, propaganda y promoción de las compañías de seguros, en materia de salud, y de las empresas de medicina prepagada, en las cuales se prometen ciertos beneficios generales o una determinada cobertura con el mismo carácter general, *se incorporan al contrato que se celebre* y obligan a la compañía que los ofreció. Sólo este principio salvaguarda la buena fe en la relación contractual e impide que las personas resulten engañadas o inducidas a error al suscribir contratos de esta naturaleza [énfasis añadido].

En el expediente obra copia del contrato suscrito por el esposo de la accionante, Julio García, con la compañía Pan American de Colombia S. A., Compañía de Seguros de Vida S. A., el que se denomina "Póliza Colectiva de Gastos Médicos Mayores" (seguro a término renovable sin participación), con vigencia entre el 1.º de mayo de 1998 y el 1.º de mayo de 1999, en el cual se dejó consignado:

> Pan American de Colombia Compañía de Seguros de Vida S. A.[,] que en adelante se denominará la Compañía, de conformidad con las condiciones y estipulaciones de esta póliza, conviene en reembolsar al asegurado principal o por intermedio del tomador (o reembolsar directamente a los proveedores) los gastos que con fines terapéuticos se hayan efectuado para el tratamiento de las enfermedades o lesiones que médicamente se determinen como sobrevenidas dentro del período de vigencia de la cobertura individual y sólo hasta la cantidad indicada en cada uno de los renglones del cuadro de beneficios. El seguro es de mera indemnización y nunca podrá ser ocasión de utilidad o ganancia para los asegurados.

Luego, en la cotización enviada en marzo de 1999 a García (la carta no tiene fecha exacta), José Castañeda, asesor financiero y en seguros, actuando a nombre de Pan American de Colombia, manifestó que la póliza ofrecida a la demandante, una mujer de 32 años, cubría "desde una consulta médica hasta cirugías mayores" y que sobre este último aspecto podía llegar a un máximo de sesenta millones de pesos (folios 2 y siguientes del cuaderno de pruebas).

De ello se advierte claramente que entre las exclusiones que allí y en el contrato celebrado fueron señaladas no se encontraba el ocasionado por la caída de la actora, percance que tuvo lugar en su residencia durante la vigencia del contrato.

Se concluye entonces que, según lo ofrecido y lo pactado, tenía ella pleno derecho a la cobertura en cuanto a dicho percance, y que la negativa de reconocimiento de la compañía afecta no solo la salud de la paciente, sino que pone en peligro su integridad personal.

En el caso en mención, se ilustra de forma conveniente la necesidad de respetar y honrar las obligaciones que se sustraen de las ofertas publicitarias. Por ende, hasta las autoridades e instituciones como la constitucional dan frente al consumidor, al considerar que como sujeto de derecho debe ser protegido de acciones que denoten la emisión de información que basada en engaños defraude y lesione las expectativas y los intereses del contratante.

2. El retracto como institución de protección al consumidor

Esta figura constituye otro tipo de derecho que asiste al consumidor y está muy estrechamente relacionado con el deber de información. La razón de ser de este mecanismo es establecer una prerrogativa a favor del comprador, quien puede dar por resuelto el contrato aparejando el reintegro del dinero pagado por él.

El fundamento legal del retracto se encuentra en el artículo 78 de la Constitución Política, en donde se establece que la ley regulará el control de calidad de los bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Aunado a ello, el artículo 47 de la Ley 1480 del 2011 establece que en los contratos para la venta de bienes y prestación de servicios mediante sistemas de financiación otorgada por el productor o proveedor, venta de tiempos compartidos o ventas que utilizan métodos no tradicionales o a distancia, que por su naturaleza no deban consumirse o no hayan comenzado a ejecutarse antes de cinco días, se entenderá pactado el derecho de retracto por parte del consumidor, y prevé como resultado del uso de dicha facultad —la de retracto— la resolución del contrato con el consecuente reintegro del dinero que el consumidor hubiese pagado.

A) *El retracto y el deber de información*

Esta prerrogativa se sustenta sobre la base de la observancia de un deber de informar para el productor o proveedor que realice ventas a

distancia, antes de la adquisición sobre el derecho de retracto y la forma de ejercerlo, establecido en el numeral 4 del artículo 46 del referido Estatuto del Consumidor. Será, por una parte, complementado por el numeral 9 del artículo 2.2.2.37.8 del Decreto 1074 del 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, que manda la aplicación en contratos que implican transacciones de ventas por métodos no tradicionales o a distancia. Por otra parte, en el numeral 8 del artículo 2.2.2.37.9 se erige una obligación especial de incorporación en el contrato sobre una información que pruebe ser suficiente y clara sobre las respectivas condiciones y modalidades para el ejercicio del retracto.

El deber cobija, entre otros, a los proveedores y expendedores ubicados en el territorio nacional que ofrezcan productos usando medios electrónicos, quienes, usando el mismo medio de comercio electrónico utilizado, el derecho de retracto que le asiste al consumidor y el procedimiento para ejercerlo, según literal c del artículo 50 de la Ley 1480 del 2011. Lo mismo en los contratos de adquisición de bienes o de prestación de servicios mediante sistemas de financiación ofrecidos directamente por el productor o proveedor, según el numeral 15 del artículo 2.2.2.35.5 del Decreto 1074 del 2015.

B) *El retracto como obligación especial y su procedencia*

Por su parte, el deber que grava al productor o proveedor se ciñe a unas exigencias especiales. De tal forma, en casos de tiempo compartido, se exige que el deber de información sobre el derecho de retracto sea comunicado al consumidor en un formato separado, es decir, en documento independiente del contrato principal suscrito, en el cual se indica el plazo máximo que opera para la plausible devolución del dinero.

El derecho de retracto procede exclusivamente en los siguientes casos, como lo expresa la Superintendencia de Industria y Comercio en su radicado 15-196300-00001-0000 del 2015:

(a) Contratos de venta de bienes y prestación de servicios mediante sistemas de financiación otorgados directamente por el productor o proveedor.

(b) Venta de tiempos compartidos.

(c) Ventas que utilizan métodos no tradicionales, las cuales se clasifican en el artículo 2.2.2.37.3 del Decreto 1074 del 2015, como aquellas

que se realizan en el lugar de residencia o de trabajo del consumidor, en las que el consumidor es abordado intempestivamente por fuera del establecimiento de comercio y aquellas en las que es llevado a escenarios especialmente dispuestos para aminorar su capacidad de discernimiento.

(d) Ventas a distancia que, en los términos del numeral 18 del artículo 5.º de la Ley 1480 del 2011, ocurren cuando el consumidor no tiene contacto directo previo con el producto que adquiere a través de correo, teléfono, catálogo, comercio electrónico o cualquier otra técnica de comunicación a distancia.

Ahora bien: como lo ha expresado Giraldo (2012), hay situaciones excepcionales en las que no se aplica el derecho de retracto:

- El bien, por su naturaleza, se debe consumir en menos de cinco días.
- La prestación del servicio se debe ejecutar en menos de cinco días.
- Ha iniciado, con consentimiento del consumidor, la prestación del servicio.
- El precio del producto depende de fluctuaciones diarias, que no dependen del productor o proveedor.
- El bien se elaboró de manera personalizada, conforme a las especificaciones del consumidor.
- El bien, por su naturaleza, no puede ser devuelto sin que se deteriore o caduque.
- Se trata de una lotería o apuesta.
- Es un bien perecedero.
- Es un bien de uso personal.

De la forma adecuada de ejercer el derecho, el mismo autor pone de presente que de ejercer el retracto sobre un bien, "el consumidor deberá informar al vendedor y devolverlo dentro de los 5 días hábiles siguientes al momento de haberlo recibido, por los mismos medios en que lo recibió" (Giraldo, 2012).

La aplicabilidad práctica de este derecho ha probado dar respuesta a ciertas situaciones del tráfico jurídico, como en el concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio, bajo radicado 11·153782·00001-0000. De esta forma se han emitido conceptos sobre consultas sobre el tema, específicamente sobre derecho de retracto sobre automotor de segunda y si al consumidor le corresponde sufragar o asumir los gastos del traspaso, SOAT y demás que se generen con ocasión al ejercicio de dicho derecho. Se pone de presente que esta es una facultad legalmente

establecida, mediante la cual las partes pueden ejercer la facultad de retracto o desistimiento dentro de los cinco días hábiles siguientes a la celebración del respectivo contrato y cuando existe financiación del vendedor, en los casos en que aquella es posible.

De ello se colige que, como consecuencia, si se hace uso de la prerrogativa se resolverá el contrato y se deberá reintegrar el dinero que el consumidor hubiese pagado. Es decir, "El consumidor deberá devolver el producto al productor o proveedor por los mismos medios y en las mismas condiciones en que lo recibió. Los costos de transporte y los demás que conlleve la devolución del bien serán cubiertos por el consumidor".

De este modo, en el caso expuesto, la entidad resolutoria implica el volver la situación a su estado primigenio, en todos los aspectos, principalmente en el jurídico, lo que conlleva que en el caso específico se reintegren los pagos y "que quien da ocasión a la resolución del contrato, que en este caso es quien se retracta, deberá sufragar todos los gastos implique la retractación". Así, en atención a la misma norma (artículo 47 de la Ley 1480 del 2011), se determina que los costos de transporte y los demás que conlleve la devolución del bien serán cubiertos por el consumidor, y, "en consecuencia, el pago de la nueva matrícula del automotor serían de cargo del consumidor. Lo mismo se aplica para cualquier otro gasto que sea necesario para el retorno de la situación jurídica al estado en que se encontraba antes de su celebración".

Como se puede ver, esta figura cobra plena vigencia e importancia en cuanto pretende brindar al consumidor la oportunidad de revertir a una situación anterior a la de la firma del contrato, si así lo desea éste, sin que tenga que obligarse contra su voluntad.

3. La reversión de pagos

Esta figura, siguiendo la línea de prerrogativas especiales del consumidor, está prevista para aquellos casos en que se realiza venta de bienes y servicios por mecanismos de comercio electrónico. Comporta, así, un derecho que le asiste al consumidor al solicitar reversar los pagos cuando sea objeto de fraude, o corresponda a una operación no solicitada, o el producto adquirido no sea recibido, o el producto entregado no corresponda a lo solicitado o sea defectuoso.

Esta solicitud procede cuando en las ventas a través de comercio electrónico se haya utilizado una tarjeta crédito o débito o cualquier otro instrumento electrónico para realizar el pago.

Por su parte, el artículo 51 de la Ley 1480 del 2011 describe esta figura en los siguientes términos:

> Cuando las ventas de bienes se realicen mediante mecanismos de comercio electrónico, tales como Internet, PSE y/o *call center* y/o cualquier otro mecanismo de televenta o tienda virtual, y se haya utilizado para realizar el pago una tarjeta de crédito, débito o cualquier otro instrumento de pago electrónico, los participantes del proceso de pago deberán reversar los pagos que solicite el consumidor cuando sea objeto de fraude, o corresponda a una operación no solicitada, o el producto adquirido no sea recibido, o el producto entregado no corresponda a lo solicitado o sea defectuoso.

A) *El ejercicio de la reversión de pago*

En cuanto a su ejercicio, la reversión del pago debe ser solicitada por el consumidor, dentro del plazo de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que conoció o bien de la operación fraudulenta o debió haber recibido el producto o recibió un producto defectuoso o que no correspondía a lo solicitado. Así la ley expresa en el mismo artículo que para que la reversión proceda dentro del plazo establecido

> El consumidor deberá presentar queja ante el proveedor y devolver el producto, cuando sea procedente, y notificar de la reclamación al emisor del instrumento de pago electrónico utilizado para realizar la compra, el cual, en conjunto con los demás participantes del proceso de pago, procederán a reversar la transacción al comprador.

De existir una lid entre proveedor y consumidor producto de una queja y esta pasara a ser resuelta por autoridad judicial o administrativa a favor del proveedor, el emisor del instrumento de pago, junto con los demás participantes del proceso de pago, una vez haya sido notificado de la decisión, y siempre que ello fuere posible, procede a cargar definitivamente la transacción reclamada al depósito bancario o instrumento de pago correspondiente o la debitará de la cuenta corriente o de ahorros del consumidor, y el dinero será puesto a disposición del proveedor. De no contarse con dichos fondos, el proveedor puede iniciar las acciones de reclamación pertinentes. Si la controversia se resuelve a favor del consumidor, la reversión se entiende definitiva.

B) *Del procedimiento para ejercer el retracto*

Legislativamente, el procedimiento para reversar un pago es como sigue:

(a) El consumidor debe, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que conoció de la operación fraudulenta o debió haber recibido el producto o recibió un producto defectuoso o que no correspondía a lo solicitado, presentar una queja ante el proveedor y devolver el producto, y notificar de la reclamación al emisor del instrumento de pago.

(b) La reversión de la transacción la deben llevar a cabo el emisor del instrumento de pago, el proveedor y quienes hayan participado en el proceso de pago.

Respecto de esta figura, Rojas (2013) señala:

> En el proceso de reversión del pago interactúan el proveedor o productor, el emisor del instrumento de pago y el consumidor. De ello se desprende que el emisor del instrumento de pago se encuentra vigilado por la Superintendencia Financiera de Colombia, y que esta entidad será también competente para tramitar lo relacionado con la protección al consumidor financiero. Debido a esta competencia, dicha entidad dispone que los establecimientos de crédito tienen la obligación de brindar "productos y servicios con estándares de seguridad y calidad de acuerdo con las condiciones ofrecidas y las obligaciones asumidas por las entidades vigiladas".

Rojas (2013) insiste así en la idea de que dichas operaciones se enmarquen en un contexto que busque la seguridad de los medios electrónicos utilizados:

> Por ello, en la Circular Externa 022 de 2010101 determinó los requerimientos mínimos de seguridad y calidad para realizar operaciones a través de internet, y estableció una serie de medidas encaminadas a fortalecer la seguridad y la calidad en el manejo de la información de los clientes y usuarios de las entidades vigiladas y tienen plena aplicación bien sea que acudan a cualquiera de los instrumentos para la realización de operaciones (tarjetas débito, crédito, dispositivos móviles y órdenes electrónicas para la transferencia de fondos) o a los canales de distribución de servicios financieros (oficinas, cajeros automáticos, receptores de cheques, receptores de dinero en efectivo, pos, sistemas de audio respuesta —IVR—, centros de atención telefónica —*call center*, *contac center*— sistemas de acceso remoto para clientes RAS, internet y dispositivos móviles), a través de los cuales estas prestan sus servicios.

La reversión de pago se perfila como una forma de volver a un estado previo, similar al adquirido con el retracto. El proceso de reversión

tiene como fin devolver la transacción a un estado primigenio, es decir, un estado tal, como si no hubiera ocurrido, ya que elimina, por decirlo de alguna manera, la operación realizada por el consumidor, el proveedor y la entidad financiera. En la reversión se requiere que vuelvan a participar todos.

El plazo común dado al proveedor o productor, al emisor del instrumento de pago y al consumidor para la realización efectiva de la operación de reversión del pago será el observado en el artículo 58 de la citada Ley 1480, que otorga un término máximo de quince días para dar respuesta definitiva a un requerimiento.

En últimas, aunque la reversión constituye una forma de culminación de una situación que genera la devolución de pagos, no es la única, ya que se prevé también la posibilidad de que el consumidor considere, de manera libre, expresa y espontánea, que puede aceptar el dinero, y se podrá proceder a ello. De todas maneras, se hace la salvedad de que la reglamentación de la ley podrá establecer otra cosa, según el referido concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio.

BIBLIOGRAFÍA

Giraldo, A.; Caycedo, C. y Madriñán Rivera, R. (2012). *Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor*. Bogotá: Legis.

Rojas, L. (2013). "La reversión del pago dentro del contexto del comercio electrónico y sus implicaciones prácticas en el régimen jurídico colombiano", en la *Revista de Derecho Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, Universidad de los Andes, n.º 10, julio-diciembre.

http://sibulgem.unilibre.edu.co:2048/login?url=http://app.vlex.com/#footnote_23. Ley 1480/2011 comentada.

Jurisprudencia

Corte Constitucional, sentencia C-524 de 1995. M. P.: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, sentencia C-535 de 1997. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, sentencia C-624 de 1998. M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

Expediente T-250298. Acción de tutela instaurada por Guertty Norella Ramírez Bernal contra Pan American de Colombia, Compañía de Seguros de Vida. M. P.: José Gregorio Hernández Galindo (2000).

Superintendencia de Industria y Comercio, rad. 11-135710-00003-0000, 2011-11-25.

Superintendencia de Industria y Comercio, rad. 11·153782-00001-0000, 2011-12-21.

Superintendencia de Industria y Comercio, rad. 15-196300-00001-0000, 2015-10-01.

Legislación nacional

Constitución Política de Colombia de 1991.

Decreto 1074 del 2015.

Ley 1480 del 2011.

Gaceta del Congreso, 9 de septiembre de 1994, exposición de motivos "Proyecto de ley por el cual se dictan normas sobre competencia desleal".

Capítulo VII

Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario: la guerra abierta en España con motivo de las cláusulas suelo*

Nieves Moralejo Imbernón**

1. La Directiva 93/13/CEE, del Consejo, del 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores

En la exposición del tema, en el que tendremos la ocasión de comentar la influencia que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) ha tenido en España en esta materia, hemos de partir de la normativa europea sobre cláusulas abusivas.

Esta normativa está contenida en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, del 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

El objetivo de esta directiva fue doble. En primer lugar, aproximar la regulación de los estados miembros en materia de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, para así facilitar el establecimiento de un mercado único que se vería entorpecido por la existencia de regulaciones dispares. En segundo lugar, la protección del consumidor, adquirente de bienes y servicios, a favor del cual se hace preciso eliminar de los contratos aquellas cláusulas que sean abusivas.

Esta necesidad de proteger al consumidor se deriva de la consideración de que cuando este contrata con el profesional, lo hace desde una posición de inferioridad, ya que aquel tiene por regla general más conocimientos sobre el contrato y una mayor información, lo cual

* Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2017.166.

** Licenciada en Derecho (Universidad Autónoma de Madrid), doctora en Derecho (Universidad Autónoma de Madrid). Profesora titular de Derecho Civil en la Universidad Autónoma de Madrid. Secretaria de la revista *pe.i. Revista de Propiedad Intelectual*. Correo electrónico: nieves.moralejo@uam.es.

conduce a que el consumidor se vea abocado a aceptar el contenido de cláusulas contractuales en cuya negociación no ha intervenido.

En efecto, el carácter de abusivas sólo puede predicarse de aquellas cláusulas contractuales que no hayan sido negociadas con el consumidor. En este sentido, el artículo 3.2 de la directiva señala: "[s]e considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en los contratos de adhesión".

La cláusula no negociada se identifica frecuentemente con la condición general de los contratos, aunque es preciso distinguirla. Así, la condición general es aquella cláusula no negociada que ha sido predispuesta por el profesional para ser incorporada a una pluralidad de contratos. Pero puede suceder que una cláusula no negociada haya sido predispuesta *ad hoc* para un solo contrato por el profesional, esto es, que no sea una condición general. No obstante, también en este último caso podemos hallarnos ante una cláusula abusiva.

El presupuesto previo para hablar, por tanto, de una cláusula abusiva es que sea una cláusula no negociada (sea condición general o no), y que se haya insertado por un profesional en un contrato que celebre con un consumidor[1]. Así las cosas, una condición general incluida en un contrato celebrado entre dos profesionales nunca podrá tener la consideración de cláusula abusiva.

La prueba de que una cláusula ha sido negociada individualmente con el consumidor corresponde al profesional, según se desprende del artículo 3.2 de la directiva. En este mismo apartado se apunta que "[e]l hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión".

En la directiva, las cláusulas abusivas se definen como aquellas no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causan un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las dos partes contractuales, en perjuicio del consumidor (art. 3.1). Esta cláusula general se concreta en el anexo de la directiva con una

[1] De conformidad con el artículo 2.b de la directiva, "consumidor" es "toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional". Según el apartado c del mismo precepto, "profesional" es "toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada".

lista indicativa no exhaustiva, de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, algunas de las cuales se refieren de modo exclusivo al sector financiero.

Para valorar si una cláusula es abusiva (sobre todo en el marco de la cláusula general), deberá tenerse en cuenta, como apunta el artículo 4.1, la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de celebración de este, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa. Esto significa que la valoración del carácter abusivo de una cláusula no puede hacerse en abstracto, sino teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto (cláusulas del contrato, circunstancias que concurran en su celebración, condición del prestatario, entre otras).

Especialmente importante, como luego veremos, es también la disposición contenida en el artículo 4.2 de la directiva, que señala que "[l]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible". Dicho de otro modo, las cláusulas referidas, por ejemplo, al precio de los bienes y de los servicios nunca podrán ser consideradas cláusulas abusivas, por muy elevado que este sea, siempre que el consumidor haya podido entenderlas (de ahí la exigencia de que se redacten de forma clara y comprensible). La razón es que los aspectos económicos del contrato son los que han llevado precisamente al consumidor a contratar, después de comparar las distintas ofertas. El precio se forma en el libre mercado de conformidad con unos mecanismos, en los que el legislador no debe intervenir a menos que existan especiales circunstancias (*v. gr.*, en la Ley de la usura española del 23 de julio de 1908, cuando el prestatario ha dado su consentimiento al préstamo usuario en condiciones de especial necesidad[2]). Luego volveremos más en detalle sobre esta cuestión.

La sanción que prevé la directiva cuando una cláusula es abusiva es la nulidad parcial del contrato, esto es, la cláusula se tiene por no puesta,

[2] Según el artículo 1.º, párrafo primero de esta ley, todavía en vigor en España "[s]erá nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales".

pero el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si pudiere subsistir sin las cláusulas abusivas (art. 6.1).

Junto al control de abuso, la directiva dedica también un precepto al llamado "control de incorporación". El primero es un control de fondo, mediante el cual se verifica que, en efecto, la cláusula no introduce una desproporción entre los derechos y obligaciones de ambas partes, en perjuicio del consumidor. El segundo se destina a verificar que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, y que hayan podido ser conocidas por el consumidor antes de contratar (en la directiva sólo aparece este primer aspecto). En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá siempre la interpretación más favorable al consumidor (art. 5.º)[3].

En España la incorporación al derecho español de esta directiva se produjo mediante la publicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1998, si bien actualmente la regulación de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores se halla contenida en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, del 16 de noviembre (arts. 82 y ss.).

2. El préstamo hipotecario como contrato de consumo. Principales cláusulas abusivas

El contrato de préstamo hipotecario es el contrato por el que una persona recibe de otra una cantidad de dinero o una cosa fungible y se obliga a devolverla en el término que se haya pactado (no la misma cosa, sino otro tanto de la misma especie y calidad). El adjetivo "hipotecario", predicado del préstamo, alude a la circunstancia de que, como garantía de la obligación de devolución antes referida, el prestatario o un tercero constituyen a favor del acreedor un gravamen o derecho real (hipoteca) sobre un bien inmueble de su propiedad.

En caso de incumplimiento de la obligación de restitución, el gravamen real permite al acreedor instar un procedimiento de realización forzosa contra el bien gravado (el bien hipotecado), por los procedimientos legalmente establecidos.

[3] Esta regla estaba ya contenida en el Código Civil español, artículo 1288, dentro de los preceptos sobre interpretación de los contratos. Según este artículo, "[l]a interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad".

El crédito garantizado con hipoteca tiene un carácter privilegiado (en España, *cfr*. el artículo 1923.3 CC), y el hecho de que se trate de una garantía real significa que el gravamen es eficaz *erga omnes*. Esto es, si el inmueble gravado es enajenado a un tercero, éste adquiere la cosa afecta a la responsabilidad derivada del incumplimiento de la obligación que garantiza (lo que se tendrá en cuenta, naturalmente, a la hora de fijar el precio del inmueble, a través del pacto de retención o descuento mencionados en el artículo 118 de la Ley Hipotecaria española [en adelante, LH]).

El contrato de préstamo hipotecario es normalmente un *contrato de consumo*, esto es, un contrato celebrado entre profesional (bancos, entidades de crédito u otros profesionales del sector) y consumidores, que se hallan por tanto en una posición negociadora inferior a los profesionales.

En España, esta forma de contratación ha estado desde siempre protegida por la Administración, que ha ido dictando disposiciones sobre la publicidad de estos productos financieros, la información precontractual que el prestatario debía recibir de los bancos antes de contratar, el contenido de la oferta (a la que se dota, durante unos días, de un carácter irrevocable) o la forma de celebración del contrato.

Durante muchos años ha estado vigente en España la Orden Ministerial (OM) del Ministerio de la Presidencia del 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, actualmente derogada y sustituida por la OM del Ministerio de Economía y Hacienda del 28 de octubre del 2011, de transparencia y protección del cliente de los servicios bancarios.

Entre las prescripciones que estas normativas contenían/contienen, cabe citar las siguientes[4]:

(1) Las entidades bancarias están obligadas a facilitar a los clientes que soliciten un préstamo hipotecario información clara y suficiente sobre los préstamos que ofertan. Esta información deberá facilitarse gratuitamente a través de la Ficha de Información Precontractual (Fipre).

(2) En segundo lugar, la entidad de crédito deberá facilitar a los clientes la Ficha de Información Personalizada (Fiper), que contiene la información precisa que necesita el cliente sobre su concreta demanda

[4] Sobre estas cuestiones, *vid*. más detenidamente Nieves Moralejo Imbernón,"Los contratos constitutivos de derechos reales de garantía", en *Tratado de Contratos,* tomo IV, segunda edición (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano; coord. Nieves Moralejo Imbernón y Susana Quicios Molina). Tirant lo Blanch. Valencia, 2013, pp. 4811-4884.

de crédito, una vez que ha comunicado a la entidad financiera sus necesidades de financiación, situación financiera y preferencias. La Fiper se considera una oferta contractual y tiene un carácter vinculante e irrevocable para la entidad durante un plazo no inferior a catorce días naturales desde su fecha de entrega.

(3) En tercer lugar, la entidad de crédito está obligada a evaluar la solvencia del cliente antes de celebrar con él cualquier contrato de crédito o préstamo. Para ello, la entidad de crédito se basará en la información facilitada por el propio cliente, solicitándole la documentación adecuada al efecto. No obstante, la entidad de crédito habrá de consultar también el historial crediticio del cliente, para lo cual podrá acudir a la Central de Información de Riesgos del Banco de España, sí como a los ficheros de solvencia patrimonial y de crédito a los que se refiere el artículo 29 de la LO 15/1999, del 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en los términos y con los requisitos previstos en dicha LO y su normativa de desarrollo.

(4) El préstamo hipotecario ha de formalizarse ante notario (la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad tiene carácter constitutivo), el cual deberá comprobar que se han cumplido frente al cliente las obligaciones anteriores (en particular, la entrega de la Fiper) y asesorarle sobre la existencia de posibles cláusulas abusivas en el contrato. La OM del 2011 prevé, como ya hiciera la antigua OM de 1994, que el proyecto de escritura pública haya de estar en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores al otorgamiento de la escritura pública, para que el cliente pueda examinarlo. No obstante, este podrá renunciar a este derecho.

En esta misma línea: normas sobre publicidad, normas sobre información precontractual, obligación de las entidades de crédito de evaluar la solvencia del deudor va la Directiva 2014/17/UE, del 4 de febrero, de contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010, todavía no transpuesta al derecho español.

En cuanto a las cláusulas abusivas, la jurisprudencia española recoge un amplio historial de resoluciones judiciales sobre cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario. Veamos algunos ejemplos de estas cláusulas.

En primer lugar, vamos a referirnos a la cláusula de vencimiento anticipado de la obligación, por impago de alguna de las cuotas de amortización. En España se discutió mucho, durante los años noventa,

sobre la validez de esta cláusula. De hecho, el Tribunal Supremo, en su sentencia del 27 de marzo de 1999[5], se pronunció en contra, con base en varios argumentos. Entre ellos, que sólo podía privarse al deudor de su derecho de plazo con base en las causas legales de vencimiento anticipado señaladas en el artículo 1129 CC[6].

La doctrina criticó duramente este planteamiento, alegando que si hay algo que justifique suficientemente el ejercicio de esta facultad por el acreedor, en obligaciones con tan amplios términos de cumplimiento (30 años, normalmente) es, sin duda alguna, el impago de alguna de las cuotas de amortización del préstamo[7]. Pues bien, el Tribunal Supremo español cambió su doctrina en resoluciones posteriores, como la sentencia del 16 de diciembre del 2009[8], en relación con una cláusula de vencimiento anticipado de un préstamo hipotecario que preveía este efecto "cuando se produzca el impago de una sola cuota del préstamo". La parte recurrente había alegado que existía una gran desproporción entre la consecuencia (resolución del contrato) y el incumplimiento asociado a ella (impago de una sola cuota). No obstante, el Tribunal Supremo no acogió este argumento, señalando que "la doctrina jurisprudencial más reciente ha declarado con base en el art. 1255 CC la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos cuando concurra justa causa —verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo—. En esta línea se manifiestan las sentencias de 7 de febrero de 2000 (aunque en el ámbito del contrato de arrendamiento financiero);

[5] RJA 1997/2371.

[6] Según el artículo 1129 CC, "[p]erderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: 1.º Cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda. 2.º Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviese comprometido. 3.º Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras".

[7] Entre otros, Lorenzo Prats Albentosa, "Préstamo hipotecario: incumplimiento y pretendida nulidad de cláusula de vencimiento anticipado (o «La estoicidad financiera del prestamista…»). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1999", en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n.º 4/1999, pp. 473-477; José López Liz, "Perfecta legalidad de la causa de vencimiento anticipado por incumplimiento por el deudor de su obligación de pago en los contratos de hipoteca", en *Diario La Ley*, 20 de septiembre de 1999, pp. 1823 y ss.; Manuel Rivera Fernández, "Las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 27 marzo 1999", en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n.º 4/2000, pp. 433-444.

[8] RJA 2010/702.

9 de marzo de 2001; 4 de julio de 2008; y 12 de diciembre de 2008" (Fundamento Jurídico 10.º). Ya veremos luego cómo ha quedado la cosa en la jurisprudencia española. Anticipo que no ha quedado así[9].

En segundo lugar, vamos a referirnos a la cláusula de redondeo al alza. Se trata de una cláusula que las entidades bancarias suelen incluir en los préstamos hipotecarios sometidos a un interés variable (índice sujeto a oscilaciones al alza o a la baja, como puede ser el Euribor). Es relativamente frecuente que para facilitar el cálculo de la cuota de amortización mensual, la entidad crediticia disponga que el índice aplicable se redondeará al cuarto de punto superior. Por ejemplo, si el índice aplicable al préstamo en un determinado semestre es del 2,30, se redondea a 2,50; si es 2,60, se redondea a 2,75. El problema es que la entidad bancaria nunca prevé que, en estos mismos casos, se redondee a la baja, si el índice aplicable resulta más próximo al cuarto de punto inferior. Todo ello, claro está, en beneficio suyo, y en perjuicio del consumidor.

Por último, hay que mencionar la famosa cláusula suelo de las hipotecas, que últimamente en España ocupa las portadas de los periódicos. Se trata igualmente de una cláusula que se pacta en los préstamos hipotecarios con interés variable, y en la que el banco establece un tope mínimo por debajo del cual no será posible la bajada —en perjuicio del consumidor— del tipo de interés. A veces esta cláusula se acompaña también de la llamada "cláusula techo", en la que la entidad bancaria fija también —aparentemente en beneficio del consumidor— un tope máximo por encima del cual tampoco las subidas de interés podrían perjudicarle. La cuestión está en que por lo general el tope mínimo resulta fácilmente alcanzable y, en cambio, el tope máximo no. Sobre todo en los últimos años de crisis económica, en los que la tendencia de los tipos de interés ha sido más bien de bajada (de ahí la importancia de valorar caso por caso el carácter abusivo de las cláusulas incluidas en un contrato de consumo)[10].

[9] Sobre la cláusula de vencimiento anticipado, *vid*. más en extenso N. Moralejo Imbernón, *El contrato de hipoteca inmobiliaria*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 161-192.

[10] Según el artículo 4.1 de la Directiva de cláusulas abusivas de 1993, "[s]in perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa".

¿Qué tienen en común estas dos últimas cláusulas? Que se refieren al precio, al objeto del contrato (el interés es, en efecto, el precio que se paga por disfrutar del dinero ajeno). Y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 4.2 de la directiva de 1993, en principio la valoración del carácter abusivo de una cláusula no puede hacerse respecto de aquellas que contengan el objeto principal del contrato[11].

La cuestión se planteó precisamente, en relación con la cláusula de redondeo al alza, en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, STJUE) del 3 de junio del 2010. El litigio se había iniciado en España por la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc), que había entablado una demanda contra Caja Madrid, para que ésta eliminara la cláusula de redondeo de sus contratos de préstamo y se abstuviera de utilizarla en el futuro. El Juzgado de Primera Instancia n.º 50 de Madrid estimó el recurso al considerar que la cláusula era abusiva, y por tanto nula, con arreglo a la normativa nacional que adaptaba el derecho interno a la directiva de 1993. Caja de Madrid interpuso entonces un recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia el 10 de octubre del 2002, confirmando la sentencia del Juzgado. Caja de Madrid interpuso entonces recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Este tribunal albergaba dudas acerca de que la cláusula de redondeo al alza pudiera constituir un elemento esencial de un contrato de préstamo hipotecario (en cuanto a lo relacionado con el precio), que quedaría excluido del control de abuso en razón de lo dispuesto en el artículo 4.2 de la directiva de 1993. No obstante, dado que el Reino de España no había transpuesto este concreto artículo de la directiva, podía entenderse que la legislación española había ido más allá en la protección del consumidor de lo que la normativa europea exigía (Directiva de mínimos) permitiendo también cláusulas abusivas en relación con el objeto principal del contrato[12].

[11] Según este precepto, "[l]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

[12] El considerando 12 de la directiva de 1993 señala, en efecto, que "es importante dejar a los Estados miembros la posibilidad, dentro del respecto del Tratado, de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la presente Directiva". Por su parte, el artículo 8.º dispone que "[l]os Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección".

En estas circunstancias, el Tribunal Supremo decidió suspender el procedimiento y plantear, entre otras cosas, al Tribunal de Justicia si este precepto en concreto impide a un estado miembro establecer en su ordenamiento, y en beneficio de los consumidores, un control del carácter abusivo de las cláusulas que se refieran a la "definición del objeto principal del contrato" o a la "adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida" aunque estén redactadas de forma clara y comprensible (cuestión prejudicial segunda).

El Tribunal de Justicia contesta a esta cuestión de manera negativa: "[...] en el ordenamiento jurídico español, como señala el Tribunal Supremo, un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible" (apartado 42 de la sentencia). "En estas circunstancias, debe observarse que, al autorizar la posibilidad de un control jurisdiccional completo del carácter abusivo de las cláusulas, como las contempladas en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva, contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la normativa española de que se trata en el litigio principal permite garantizar al consumidor, conforme al artículo 8 de la Directiva, una protección efectiva más elevada que la prevista por ésta" (apartado 43).

Veremos, más adelante, cuando examinemos la cláusula suelo con mayor detalle, la evolución que ha ido siguiendo la jurisprudencia española en relación con este tema.

3. La STJUE del 14 de marzo del 2013. El "caso Aziz"

La STJUE del 3 de junio del 2010 no es la única, como se verá más adelante, que ha dictado el TJUE a requerimiento de un órgano judicial español que trataba de pronunciarse sobre el carácter abusivo de una determinada cláusula de un préstamo hipotecario a la luz de las disposiciones de la Directiva 93/13.

Muy importante, por la influencia que tuvo luego en la legislación española, es la STJUE del 14 de marzo del 2013, conocida como el "caso Aziz"[13].

[13] Sobre esta sentencia, *vid*. María Goñi Rodríguez de Almeida, "El procedimiento de ejecución de bienes hipotecados cuando existen cláusulas abusivas en el préstamo

La sentencia resuelve una cuestión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona, en procedimiento seguido entre el señor Mohamed Aziz y la Caja de Ahorros de Cataluña (Catalunyacaixa).

Los antecedentes de hecho de este procedimiento son los siguientes:

El 19 de julio del 2007, el señor Aziz, nacional marroquí que trabajaba en España desde el mes de diciembre de 1993, suscribió con Catalunyacaixa, mediante escritura notarial, un contrato de préstamo con garantía hipotecaria. La garantía se constituía sobre la vivienda familiar del señor Aziz, de la que era propietario desde el 2003.

El préstamo tenía un capital de 138.000 euros, debiendo amortizarse en 33 anualidades, con 396 cuotas mensuales, a partir del 1.º de agosto del 2007.

En dicho contrato de préstamo se pactaban las siguientes condiciones:

- En primer lugar, unos intereses de demora del 18,75% anuales, devengables automáticamente respecto de las cantidades no satisfechas a su vencimiento, sin necesidad de realizar ningún tipo de reclamación (cláusula 6).

- En segundo lugar, se reconocía a la entidad acreedora la facultad de declarar exigible la totalidad del préstamo en caso de que alguno de los plazos pactados venciera sin que el deudor hubiese cumplido su obligación de pago de una parte del capital o de los intereses del préstamo (cláusula 6 *bis*).

- Por último, la cláusula 15 del contrato, que regulaba el pacto de liquidez, preveía no sólo la posibilidad de que Catalunyacaixa recurriera a la ejecución hipotecaria para cobrar una posible deuda, sino también de que pudiera presentar directamente a esos efectos la liquidación mediante el certificado oportuno que recogiese la cantidad exigida, elaborado de manera unilateral por ella.

El señor Aziz abonó con regularidad las cuotas mensuales desde julio del 2007 hasta mayo del 2008, pero dejó de hacerlo a partir de junio del 2008. La entidad acreedora acudió al notario con objeto de que se otorgara acta de determinación de la deuda, que finalmente se hizo

---

hipotecario que lo originó: consecuencias de la STJUE de 14 de marzo de 2013 y de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 738, 2013, pp. 2667 y ss.

constar que ascendía a la cantidad de 139.764,76 euros, lo que incluía las mensualidades no satisfechas, más los intereses ordinarios y los intereses de demora.

Tras un requerimiento infructuoso al deudor, se inició un procedimiento de ejecución que culminó con una subasta pública para proceder a la venta del inmueble, sin que se presentara ninguna oferta. En consecuencia, con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil española (en adelante, LEC), el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Martorell admitió que el bien se adjudicara en el 50% de su valor. El señor Aziz fue expulsado de su vivienda.

No obstante, poco antes de que eso ocurriera y dado que el procedimiento ejecutivo no le ofrecía términos hábiles para ello, el 11 de enero del 2011 el señor Aziz presentó demanda en un proceso declarativo ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona, solicitando que se anulara la cláusula 15 del contrato de préstamo hipotecario (esto es, aquella que establecía que la cantidad por la que se despacharía la ejecución podía ser fijada unilateralmente por la entidad acreedora) por estimarla abusiva y, en consecuencia, se declarara la nulidad del procedimiento de ejecución.

El Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona manifestó dudas en cuanto a la conformidad del derecho español con el marco jurídico establecido por la directiva. En concreto, planteó las dos siguientes cuestiones prejudiciales:

(1) Si el sistema de ejecución de títulos judiciales sobre bienes hipotecados o pignorados establecido en los artículos 695 y siguientes de la LEC, con sus limitaciones en cuanto a los motivos de oposición que podrían ser alegados por el deudor ejecutado (en ningún caso, el carácter abusivo de las cláusulas de su contrato de préstamo), no sería sino una limitación clara de la tutela del consumidor por cuanto supone formal y materialmente una clara obstaculización al consumidor para el ejercicio de acciones o recursos judiciales que garanticen una tutela efectiva de sus derechos.

En efecto, la cuestión es que, si a los efectos de la ejecución forzosa, el acreedor opta por el procedimiento de ejecución hipotecaria, las posibilidades de alegar el carácter abusivo de alguna de las cláusulas del contrato de préstamo son muy limitadas, ya que quedan postergadas a un procedimiento declarativo posterior, que no tiene efecto suspensivo del procedimiento ejecutivo previo. Por esta razón, resulta muy complicado para un juez español garantizar una protección eficaz al consumidor que hubiera contraído un préstamo hipotecario con cláusulas abusivas.

(2) En segundo lugar, en relación con el carácter abusivo de determinadas cláusulas, el juez nacional requiere al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que pueda dar contenido al concepto de *desequilibrio importante* de los derechos y obligaciones de las partes en el contrato, en perjuicio del consumidor (en relación con la cláusula general de abuso y con lo dispuesto en el apartado *e* del anexo de la Directiva de cláusulas abusivas), con miras:

(a) A la posibilidad de vencimiento anticipado en contratos proyectados en un largo lapso —en este caso, de 33 años— por incumplimientos en un período muy limitado y concreto (en relación con la cláusula de vencimiento anticipado por impago de uno de los plazos del contrato).

(b) A la fijación de unos intereses de demora —en este caso superiores al 18%— que no coinciden con los criterios de determinación de los intereses moratorios en otros contratos que afectan a consumidores (créditos al consumo) y que en otros ámbitos de la contratación de consumidores se podrían entender abusivos y que, sin embargo, en la contratación inmobiliaria no disponen de un límite legal claro, aun en los casos en que hayan de aplicarse no sólo a las cuotas vencidas sino a la totalidad de las debidas por el vencimiento anticipado.

(c) A la fijación de mecanismos de liquidación y fijación de los intereses variables —tanto ordinarios como moratorios— realizados unilateralmente por el prestamista vinculados a la posibilidad de ejecución hipotecaria y que no permiten al deudor ejecutado que articule su oposición a la cuantificación de la deuda en el propio procedimiento ejecutivo, remitiéndole a un procedimiento declarativo en el que cuando haya obtenido pronunciamiento definitivo la ejecución habrá concluido o, cuando menos, el deudor habrá perdido el bien hipotecado o dado en garantía, cuestión de especial trascendencia cuando el préstamo se solicita para adquirir una vivienda y la ejecución determina el desalojo del inmueble.

En relación con la primera cuestión prejudicial, el TJUE apunta que no existe una armonización en materia procesal, pero que es contrario a la directiva de 1993 un sistema como el nuestro en el que, por un lado, existen motivos de oposición tasados para el deudor ejecutado dentro del procedimiento ejecutivo (art. 695 LEC), pero al mismo tiempo el juez que entiende del procedimiento declarativo en el que se invoca el carácter abusivo de las cláusulas de un contrato de hipoteca carezca de la posibilidad de instar medidas cautelares dirigidas a suspender el procedimiento ejecutivo.

La venta de la finca en subasta pública se convierte así en irreversible y el deudor hipotecario se ve privado de su casa, obteniendo exclusivamente un resarcimiento económico *a posteriori*, que resulta insuficiente.

En efecto, según establece el artículo 695 LEC, en los procedimientos de ejecución hipotecaria sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando ésta se funde en la extinción de la garantía o de la obligación garantizada, en un error en la determinación de la cantidad exigible —cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado— o en la sujeción a otra prenda o hipoteca inscritas con anterioridad al gravamen que motive el procedimiento. Con arreglo al artículo 698 LEC, cualquier otra reclamación que el deudor pueda formular, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el correspondiente capítulo de la ley.

Por otra parte, en virtud del artículo 131 LH, las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución quedarán canceladas en virtud del mandamiento de cancelación a que se refiere el artículo 133 de dicha ley siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas. Esto último resulta lógico pues podría convertirse en una vía para defraudar lo dispuesto en el artículo 695 LEC.

El TJUE declara que un régimen procesal de este tipo, al no permitir que el juez que conozca del proceso declarativo, ante el que el consumidor haya presentado una demanda alegando el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, adopte medidas cautelares que puedan suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la directiva.

En consecuencia, el TJUE considera que "ha de responderse a la primera cuestión prejudicial que la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una

cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final". Esto es, puede decirse que la condena a España resulta de la mezcla explosiva entre los artículos 695 y 698 LEC.

En relación con la segunda cuestión prejudicial, el TJUE recuerda su reiterada jurisprudencia según la cual la competencia del TJUE en punto a la determinación de las cláusulas abusivas comprende exclusivamente:

- La interpretación del concepto de *cláusula abusiva* del artículo 3.º, apartado 1, de la directiva y del anexo de ésta. En concreto, la norma que establece que "las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato".

- Determinar los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de las disposiciones de la directiva, correspondiendo al juez nacional pronunciarse, teniendo en cuenta estos criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual determinada en función de las circunstancias propias del caso. Esto es, el TJUE no puede pronunciarse sobre el carácter abusivo de una determinada cláusula sino que se limitará a dar al órgano jurisdiccional remitente indicaciones/pistas/criterios que éste deberá tener en cuenta para apreciar dicho carácter abusivo.

Dicho esto, el TJUE procede a determinar el contenido de los conceptos de *buena fe* y *desequilibrio importante*, en detrimento del consumidor, entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato del artículo 3.º, apartado 1, de la directiva.

En este sentido, y remitiéndose a lo dicho por la Abogado General en el punto 71 de sus conclusiones, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un "desequilibrio importante" entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido (esto es, la distribución de derechos y obligaciones de las partes

que establezca el derecho nacional dispositivo, en defecto de acuerdo entre las partes). Mediante un análisis comparativo de este tipo —prosigue el TJUE—, el juez nacional podrá valorar si —y, en su caso, en qué medida— el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el derecho nacional vigente.

En segundo lugar, en lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio "pese a las exigencias de la buena fe", debe señalarse que el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera legal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual[14].

En lo que se refiere a los criterios o indicaciones del TJUE para que el juez nacional proceda a valorar el carácter abusivo de una cláusula en particular, el Tribunal apunta los siguientes en relación con las cláusulas a las que se refiere la segunda cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona.

Antes de entrar en estos criterios, debe reseñarse que el TJUE hace hincapié en la doctrina según la cual el juez nacional está obligado, en virtud de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a apreciar *de oficio* el carácter abusivo de todas las cláusulas contractuales comprendidas en el ámbito de aplicación de la directiva, incluso en caso de que no se haya solicitado expresamente, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello.

Estos criterios son los siguientes:

(1) En relación con la *cláusula relativa al vencimiento anticipado* en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período determinado, le corresponde al juez remitente comprobar si la facultad que tiene el profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista *carácter esencial* en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter *suficientemente grave* con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad

[14] Esta interpretación que hace el TJUE del artículo 3.1 de la Directiva —cláusula o inciso general de abuso— es muy importante por dos motivos. En primer lugar, porque es válido para cualquier otro contrato entre consumidores —al margen del contrato de préstamo hipotecario— dado su carácter general. En segundo lugar, porque la lista de cláusulas abusivas contenida en el Anexo de la Directiva es indicativa, no exhaustiva, lo cual significa que podrán extraerse nuevas cláusulas apoyadas en ese inciso o cláusula general.

constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.

(2) En relación con la verificación del posible carácter abusivo de los intereses de demora, el TJUE señala que el juez remitente deberá comprobar las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que este persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos.

(3) Por último, en lo que atañe a la cláusula relativa a la liquidación unilateral por el prestamista del importe de la deuda impagada, vinculada a la posibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria, el juez remitente deberá examinar si —y en su caso, en qué medida— la cláusula de que se trata supone una excepción a las normas aplicables a falta de acuerdo entre las partes, de manera que, a la vista de los medios procesales de que dispone, dificulta el acceso del consumidor a la justicia y el ejercicio de su derecho de defensa.

4. La ley española 1/2013, del 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social

Como consecuencia de la STJUE del 14 de marzo del 2013, el legislador español procedió a reformar algunos preceptos de la regulación de los préstamos hipotecarios, incluidos aquellos de la LEC que regulaban el procedimiento sumario de ejecución hipotecaria, lo que hizo con la aprobación de la Ley 1/2013, del 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social.

La ley pretendía, de manera principal, adoptar medidas de protección de los colectivos especialmente vulnerables, como la suspensión de los deshaucios de familias que se encontraran en situación de especial riesgo de exclusión durante el plazo de dos años.

Junto con ello, tratando de adaptar el derecho nacional a los mandatos del TJUE, introdujo las siguientes modificaciones de importancia:

(1) En primer lugar, añadió el apartado 3 al artículo 114 LH, según el cual "[l]os intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo el supuesto previsto en el artículo 579.2.a de la Ley de Enjuiciamiento Civil". Téngase en cuenta que los intereses moratorios no constituyen precio del contrato, sino una sanción que se impone a una de las partes por el incumplimiento de sus obligaciones[15].

En la disposición transitoria segunda de la ley se establece lo siguiente:

> La limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual prevista en el artículo 3 apartado dos será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta ley. Asimismo, dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos. En los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta ley, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, el secretario judicial o el notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalcule aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior.

(2) En segundo lugar, se reforma también el artículo 693.2 LEC en cuanto a la cláusula de vencimiento anticipado, que ahora señala lo siguiente: "Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución".

[15] En opinión de José María Miquel González, "Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios", en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 27, 2013-I, p. 245, la norma resultaba insuficiente ya que el impago de tres mensualidades podía representar un importe inferior al 1% de la deuda.

(3) En último término, se ha introducido el carácter abusivo de las cláusulas contractuales como nueva causa de oposición en el procedimiento sumario de ejecución hipotecaria (art. 695 LEC). Como explicación de esta modificación, el legislador, en la exposición de motivos de la ley, señala lo siguiente:

> Este capítulo recoge también la modificación del procedimiento ejecutivo a efectos [de] que, de oficio o a instancia de parte, el órgano judicial competente pueda apreciar la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo y, como consecuencia, decretar la improcedencia de la ejecución o, en su caso, su continuación sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas. Dicha modificación se adopta como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, dictada en el asunto por el que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993.

El nuevo apartado 4.º del artículo 695.1 LEC establece como causa de oposición el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible. En su número 3, segundo párrafo, el nuevo precepto señala: "De estimarse la causa 4ª, se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución. En otro caso, se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva". Esto es, el juez que entiende de la ejecución está legitimado para determinar el carácter abusivo de la cláusula. "Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución o la inaplicación de una cláusula abusiva podrá interponerse recurso de apelación." "Fuera de estos casos —continúa el precepto— los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten."

En la disposición transitoria cuarta, apartado 2.º, de la ley se señala lo siguiente: "En todo caso, en los procedimientos ejecutivos en curso a la entrada en vigor de esta Ley en los que haya transcurrido el periodo de oposición de diez días previsto en el artículo 556.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las partes ejecutadas dispondrán de un plazo preclusivo de un mes para formular un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de las nuevas causas de oposición previstas en el apartado 7ª del artículo 557.1 y 4ª del artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El plazo preclusivo de un mes se computará desde el día siguiente a la entrada en vigor".

5. La reacción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea contra las reformas introducidas por la Ley española 1/2013, del 14 de mayo

La reforma introducida por el legislador español en la ley del 2013 ha dado lugar a dos pronunciamientos del TJUE, al hilo de las cuestiones prejudiciales planteadas en sendos procedimientos judiciales, primero, por la Audiencia Provincial de Castellón y, luego, por el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Alcobendas.

A) *La STJUE del 17 de julio del 2014*

El litigio que dio lugar a esta sentencia se inició a instancia de un matrimonio que había firmado con el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria un contrato de préstamo hipotecario por una cantidad de 300.500 euros, constituyendo una garantía hipotecaria sobre su vivienda.

El pago de la última cuota del préstamo estaba previsto para el 30 de junio del 2028, por lo que en total la devolución se efectuaba, escalonadamente, mediante el pago de 360 cuotas mensuales. En el contrato se estipulaba que en el supuesto de que los deudores incumplieran su obligación de pago, el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria estaba facultado para declarar el vencimiento anticipado de la obligación de devolver el préstamo concedido a los recurrentes en el litigio principal. La cláusula 6.ª *bis* del contrato de préstamo fijaba un interés moratorio del 19% anual, mientras que en el período correspondiente al litigio principal el tipo de interés legal era en España del 4% anual.

Dado que esta pareja incumplió su obligación de pago de las cuotas mensuales de devolución del préstamo, el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria presentó una demanda contra ellos el 15 de abril del 2011, solicitando el pago de la totalidad del préstamo junto con los intereses ordinarios y de demora, así como la venta en subasta pública de la finca hipotecada.

El procedimiento de ejecución hipotecaria se inició y los recurrentes, aprovechando la reforma del artículo 695 LEC, formularon oposición con base en el carácter abusivo de algunas de las cláusulas del contrato. El Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Castellón, que era el órgano judicial que estaba entendiendo de la ejecución, desestimó dicha oposición. Los recurrentes interpusieron entonces recurso de apelación contra la resolución de dicho juzgado ante la Audiencia Provincial de Castellón. Este órgano judicial cayó en la cuenta de que si bien el

procedimiento civil español permite interponer recurso de apelación contra la resolución judicial que, tras estimar la oposición formulada por el deudor, ponga fin al procedimiento de ejecución hipotecaria, tal legislación procesal no permite, en cambio, que el deudor cuya oposición haya sido desestimada interponga recurso de apelación contra la resolución judicial de primera instancia que ordene la continuación del procedimiento de ejecución. Esto es, sólo se da la posibilidad de apelar al acreedor.

Al albergar dudas la Audiencia acerca de la compatibilidad de esta disposición del derecho nacional con el objetivo de protección de los consumidores de la Directiva 93/13, así como con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE dos cuestiones prejudiciales. En esencia preguntaba si esta disposición procesal del derecho nacional podía entenderse contraria al artículo 7.1 de la Directiva 93/13, que impone a los estados miembros la obligación de velar por que en interés de los consumidores existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

El TJUE arranca su razonamiento entendiendo que la regulación procesal es materia interna de los estados miembros, aunque tal regulación no puede poner en peligro la protección que ofrece la directiva de 1993 a los consumidores.

La ausencia de recurso del artículo 695 de la LEC no vulnera el principio de tutela judicial efectiva del artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, pues es suficiente para que se entienda protegido este principio con que se ofrezca a los sujetos una instancia judicial.

No obstante, aunque no lo contraviene *per se*, hay que tener en cuenta que en este caso:

(1) El título por el que se despacha la ejecución es el documento notarial exclusivamente, esto es, el documento que formaliza el préstamo hipotecario, sobre el que no hay examen judicial previo.

(2) En segundo lugar, también apunta que debe tenerse en cuenta que en la ejecución el juez no tiene la obligación apreciar la nulidad de oficio, sino que ha de ser invocada por el interesado (art. 552.1 LEC).

(3) En relación con esto último, en caso de que el interesado la invoque, el examen de legalidad de la cláusula que realiza el juez en el procedimiento de ejecución es muy somero (el juez debe dar audiencia

por quince días a las partes y ha de acordar lo procedente en el plazo de cinco días *ex* artículo 552.1 LEC).

(4) En último término, el TJUE advierte que si el deudor quiere ir a un examen más detallado tiene que instar un juicio declarativo, que además no tiene efectos suspensivos sobre el ejecutivo. Esta carencia de efectos suspensivos motiva que cuando el juez del proceso declarativo le vaya a dar la razón, puede haber perdido ya su vivienda (que se haya vendido y esté en manos de un tercero), tendiendo ya solamente derecho a una reparación económica sustitutiva. Esta reparación proporciona al consumidor, en palabras del TJUE, "tan sólo una protección incompleta e insuficiente".

En segundo lugar, el TJUE señala que debe tenerse en cuenta que en la legislación española no es sólo que el deudor consumidor no tenga derecho a recurso de apelación, sino que este derecho sí se reconoce, en cambio, al profesional acreedor.

A juicio del TJUE esta regulación vulnera la protección que la Directiva 93/13 brinda al consumidor, poniéndole en una situación de inferioridad frente al profesional, en su condición de acreedor ejecutante, que pone en peligro los objetivos de esta directiva. Además, tal disposición se hallaría en contra del *principio de igualdad de armas procesal*, incluido dentro del principio o derecho a una tutela judicial efectiva, corolario de un proceso justo, que implica la obligación de ofrecer a cada una de las partes una oportunidad razonable de formular sus pretensiones en condiciones que no la coloquen en una situación de manifiesta desventaja en relación con la parte contraria.

"En tales circunstancias —señala el TJUE— es preciso declarar que un procedimiento nacional de ejecución hipotecaria, como el controvertido en el litigio principal, se caracteriza por disminuir la efectividad de la protección del consumidor que pretende la Directiva 93/13, interpretada en relación con el artículo 47 de la Carta, en la medida en que dicha regulación procesal incrementa la desigualdad de armas entre los profesionales, en su condición de acreedores ejecutantes, por una parte, y los consumidores, en su condición de deudores ejecutados, por otra, en el ejercicio de las acciones judiciales basadas en los derechos que la Directiva 93/13 atribuye a los consumidores, máxime habida cuenta de que las modalidades procesales de articular esas mismas acciones resultan incompletas e insuficientes para lograr que cese la aplicación de una cláusula abusiva incluida en el documento auténtico de constitución de hipoteca que sirve de base para que el profesional proceda al embargo del bien inmueble que constituye la garantía" (apartado 50 de la sentencia).

Por todo ello, el TJUE concluye que "[e]l artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en relación con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretase en el sentido de que se opone a un sistema de procedimientos de ejecución, como el controvertido en el litigio principal, que establece que el procedimiento de ejecución hipotecaria no podrá ser suspendido por el juez que conozca del proceso declarativo, juez que, en su resolución final, podrá acordar a lo sumo una indemnización que compense el perjuicio sufrido por el consumidor, en la medida en que éste, en su condición de deudor ejecutado, no puede recurrir en apelación contra la resolución mediante la que se desestime su oposición a la ejecución, mientras que el profesional, acreedor ejecutante, sí puede interponer recurso de apelación contra la resolución que acuerde el sobreseimiento de la ejecución o declare la inaplicación de una cláusula abusiva" (declaración final).

En definitiva, en España, con motivo de la Ley 1/2013, del 14 de mayo, se introdujo en el procedimiento de ejecución forzosa una nueva causa de oposición que podía alegar el deudor ejecutado en el artículo 695 LEC, pero las cosas se hicieron a medias al no permitirse al deudor interponer recurso de apelación contra la resolución desestimatoria del juez, posibilidad que sí se reconoce, en cambio, al acreedor ejecutante contra el autor que ordene el sobreseimiento de la ejecución o la inaplicación de la cláusula abusiva (art. 695.4 LEC).

B) *El ATJUE del 17 de marzo del 2016*

El segundo pronunciamiento del TJUE al hilo de la reforma que en el derecho español introdujo la Ley 1/2013, del 14 de mayo, es el auto del 17 de marzo del 2016[16].

Los hechos del litigio principal son los siguientes: Ibercaja celebró un contrato de préstamo hipotecario, el 5 de marzo del 2007, con una pareja. En la cláusula 6 de este contrato, con la rúbrica de "intereses de demora" se preveía que, en caso de retraso en el pago, se devengarían intereses de demora del 19% anual. Y, en virtud de la cláusula 6 *bis* de

[16] De conformidad con el artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, cuando la respuesta a una cuestión prejudicial pueda deducirse claramente de la jurisprudencia o cuando la respuesta a tal cuestión no suscite ninguna duda razonable, el Tribunal podrá decidir en cualquier momento, a propuesta del juez ponente y tras oír al Abogado General, resolver mediante auto motivado.

dicho contrato, con la rúbrica de "vencimiento anticipado", se advertía que el banco podía declarar el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo en caso de falta de pago de cualquiera de los vencimientos de intereses y plazos de amortización del capital prestado.

Ante la falta de pago de las cuotas, Ibercaja dio inicio a un procedimiento de ejecución para obtener el cobro de 190.743,30 euros en concepto de capital del préstamo, 38.000 euros en concepto de intereses de mora y 20.000 euros por costas y gastos. Los prestatarios formularon oposición a la ejecución hipotecaria alegando el carácter abusivo, en el sentido de la Directiva 93/13, de las cláusulas 6 y 6 *bis* del contrato en cuestión. Además, los ejecutados consideraban que el establecimiento, en la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 de un plazo preclusivo de un mes contado a partir de la entrada en vigor de esa ley para hacer valer las causas de oposición asociadas al carácter abusivo de una cláusula contractual, en el sentido de la Directiva 93/13, era contrario a lo dispuesto en ella.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Alcobendas, ante el que se estaba sustanciando el procedimiento, decidió suspenderlo para preguntar al TJUE si la directiva (en particular sus artículos 3.1, 4.1, 6.1 y 7.1) se oponía a una normativa nacional como la española que sólo permite al juez nacional, para valorar el carácter abusivo de una cláusula que fija los intereses de demora, comprobar si el tipo de interés pactado supera tres veces el tipo de interés legal (en referencia al artículo 114 LH) y no otras circunstancias, o que permite reclamar de forma anticipada la totalidad del préstamo por incumplimiento de tres cuotas mensuales, sin tener en cuenta otros factores como la duración o la cuantía del préstamo o cualesquiera otras causas concurrentes relevantes y que, además, condiciona la posibilidad de evitar los efectos de dicho vencimiento anticipado a la voluntad del acreedor, salvo en los casos en que la hipoteca grave la vivienda habitual (en referencia al artículo 693 LEC).

Lo que considera dudoso el órgano nacional es que, en aplicación de esta normativa, el juez, cuando deba apreciar el carácter abusivo de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario, relativa al tipo de los intereses de demora, sólo pueda comprobar si el tipo de intereses pactado por las partes era o no superior a tres veces el interés legal del dinero, sin tener la posibilidad de tomar en consideración otros elementos del contrato. Del mismo modo, tal normativa impediría a ese juez, a la hora de valorar el carácter abusivo de una cláusula relativa al vencimiento anticipado de la obligación garantizada, tener en cuenta cualquier otra

circunstancia distinta a la falta de pago de tres mensualidades del préstamo hipotecario (apartado 28 de la sentencia). Todo ello partiendo de la base de que el artículo 4.1 de la Directiva 93/13 dispone, como sabemos, que "[s]in perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo [*sic*], todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa".

El TJUE señala que los artículos 3.1 y 4.1 de la Directiva 93/13 no permiten que la apreciación, por parte del juez nacional, del carácter abusivo de una cláusula del contrato de préstamo hipotecario que fija el tipo de los intereses de demora y de una cláusula del mismo contrato que determina las condiciones del vencimiento anticipado del préstamo quede limitada a criterios como los definidos en el artículo 114 LH y en el artículo 693 LEC.

¿Qué consecuencias tiene que una cláusula sea abusiva? El artículo 6.1 de la Directiva 93/13 impone expresamente a los estados miembros la obligación de establecer que tales cláusulas "no vincularán al consumidor" y dispondrán que "el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas".

En esta sentencia el TJUE recuerda su doctrina acerca de que esta disposición no puede entenderse en el sentido de que permite al juez nacional, en el supuesto de que este constate la existencia de una cláusula abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, modificar el contenido de aquella (STJUE del 14 de junio del 2012, Banco Español de Crédito, apartado 71). Esto es, los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, en su caso procediendo a su anulación, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor. La razón es que "si el juez tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores [...], en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegar a declararse la nulidad de las mismas, el

contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales" (apartado 69, sentencia Banco Español de Crédito).

Advierte el TJUE que es cierto que también ha reconocido en otras ocasiones que el juez nacional puede sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria del derecho nacional. No obstante, tal posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, y de ese modo quedaría expuesto el consumidor a consecuencias de tal índole que representarían para éste una penalización (sentencia Unicaja Banco y Caixabank, apartado 33). Pero no se trata de este supuesto: "[L]a anulación de las cláusulas contractuales en cuestión no parece que pueda acarrear consecuencias negativas para el consumidor, ya que, por una parte, los importes en relación con los cuales se iniciaron los procedimientos de ejecución hipotecaria serán necesariamente menores al no incrementarse con los intereses de demora previstos por dichas cláusulas y, por otra parte, interesa al consumidor que no se declare el vencimiento anticipado del reembolso del capital prestado" (apartado 39 de esta sentencia).

Esta doctrina había sido sancionada también en lo que se refiere precisamente al interés previsto por el artículo 114.3 LH, por el ATJUE del 11 de junio del 2015, al que alude nuestra STS del 23 de diciembre del 2015.

6. La última guerra abierta contra los bancos en España: las cláusulas suelo

En este último apartado de la exposición examinaremos las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios, que —como comenté al inicio— ocupan últimamente la atención mediática en España, debido a las numerosas resoluciones judiciales que se han ido dictando.

Entre ellas, las más importantes son las siguientes.

A) *La STS del 9 de mayo del 2013*

La demanda fue interpuesta por la Ausbanc. Se trataba de una demanda en juicio verbal en ejercicio de una acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios entablada contra el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S. A., Cajamar Caja Rural, Sociedad Cooperativa

de Crédito (hoy Cajas Rurales Unidas, S. C. C.) y Caja de Ahorro de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra (hoy NCG banco S. A. U.)[17].

En ella se solicitaba, entre otros pedimentos, que se declarase la nulidad de las cláusulas de los contratos de préstamo a interés variable, celebrados con consumidores o usuarios que establecían un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia, por tratarse de cláusulas abusivas.

Con la demanda se aportaron cuatro escrituras de préstamo hipotecario otorgadas por el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A. Sirva de ejemplo de la cláusula que se examina la siguiente, extraída de uno de estos contratos:

> 3. Bis. 3. Límites a la variación del tipo de interés. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 12,00% ni inferior al 2,50% nominal actual.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de la Ausbanc. Contra la anterior resolución interpusieron recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Sevilla las representaciones de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, Cajamar Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito y Caixa de Ahorros de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra. En el recurso se apersonó también el Ministerio Fiscal por entender afectado el interés social. La Audiencia Provincial de Sevilla estimó el recurso de apelación, considerando que no había lugar a la nulidad de las cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario a interés variable celebrados con consumidores y usuarios por las entidades demandadas que establecían un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia. Concretamente, rechazó que las cláusulas suelo y techo tuviesen naturaleza de condiciones generales de contratación abusivas al entender que: (a) se referían a un elemento esencial del contrato negociado entre prestamista y prestatario; (b) no había existido imposición por el empresario, sino aceptación libre y voluntaria; (c) no tenían carácter

[17] Sobre esta Sentencia *vid*. Encarna Cordero Lobato, "Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)", en *Diario La Ley,* núm. 8088, del 22 de mayo del 2012, pp. 1678-1680; María Goñi Rodríguez de Almeida, "Una revisión jurisprudencial de las cláusulas suelo y techo del préstamo hipotecario a la luz de la STS de 9 de mayo de 2013", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 739, 2013, pp. 3440 y ss.; Francisco Pertíñez Vílchez, "Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario", *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, julio del 2013, pp. 1 y ss.

abusivo por tratarse de cláusulas negociadas, incorporadas siguiendo las previsiones normativas sobre transparencia bancaria y no generadoras de desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes. La Ausbanc interpuso entonces, ante el Tribunal Supremo, recurso por infracción procesal así como recurso de casación. Lo mismo hizo (de casación) el Ministerio Fiscal español.

El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por la Ausbanc. Las ideas principales de la sentencia son las siguientes:

En primer lugar, la condición general es aquella cláusula predispuesta por el profesional para ser incorporada a una pluralidad de contratos, que no ha sido por tanto negociada con el adherente. Sigue habiendo condición general (esto es, no existe negociación), aunque se haya informado de ella (existencia y contenido) al consumidor. "No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial."

En segundo lugar, a diferencia del criterio mantenido por la Audiencia Provincial, el Tribunal Supremo considera que es posible que existan condiciones generales sobre el objeto principal del contrato. De hecho, "para el empresario probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición de este".

En tercer lugar, las condiciones generales constituyen un mecanismo lícito y útil de contratación. Esto es, no son ilícitas *per se*. Lo son cuando son abusivas. No obstante, el Tribunal Supremo comparte el criterio de la Audiencia Provincial de que las cláusulas techo, al referirse al precio, no pueden ser valoradas como abusivas en virtud de lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13. Pese a una inicial doctrina jurisprudencial en contrario, el Tribunal Supremo recuerda que él mismo cegó definitivamente esta posibilidad a partir de su sentencia del 18 de junio del 2012[18], que entendió que el control de contenido que puede llevarse a cabo en relación con el posible carácter abusivo de la cláusula no se extiende al del equilibrio de las "contraprestaciones". Con todo, "el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo".

En cuarto lugar, además del control de contenido cuando no se refieren al objeto principal del contrato, las condiciones generales están

[18] RJ 8857.

sometidas a un doble control de incorporación y transparencia (en este último caso, sólo en los contratos con consumidores). Este control de transparencia es diferente del control de inclusión y constituye una especie de refuerzo de este en los contratos con consumidores (este control de incorporación quedaría cumplido con la observancia de las prescripciones de la antigua OM del 5 de mayo de 1994, como entendió la AP, pero no sería suficiente para entender cumplido el control de transparencia según el Tribunal Supremo). En caso de que la cláusula se proyecte, como sucede aquí, sobre los elementos esenciales del contrato, este control de transparencia tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica de aquel, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo de este. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.

El Tribunal Supremo concluye:

- Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abuso de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, *si no es transparente*[19].

- Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato.

¿Se superaba en este caso el control de transparencia?

[19] Esta idea resulta del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, que dispone que "[l]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato […] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible". No obstante, como sostiene Francisco Pertíñez Vílchez, *op. cit*., p. 10, el control de transparencia va más allá de esta mera redacción clara y comprensiva de las cláusulas. Por esta razón, en su opinión, la redacción de este precepto "es deficiente al sujetar el estándar de transparencia de las cláusulas relativas al precio a una mera obligación de redacción clara y comprensible".

El Tribunal Supremo concluye que sí en lo que se refiere a la inclusión de aquella como condición general en los contratos (en referencia a cualquier clase de contratos con condiciones generales, incluso el celebrado con empresarios), pero no el de *claridad* exigible en las cláusulas —generales o particulares— de los suscritos con consumidores.

El Tribunal Supremo llega a la conclusión de que las cláusulas suelo en estos contratos no eran transparentes por cinco razones:

(1) Falta de información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato. En otro momento de este fundamento jurídico se dice que las cláusulas examinadas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, los convierte en préstamos a interés mínimo fijo que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia. "Dicho de otra forma, pese a tratarse, según se ha razonado, de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, las propias entidades les dan un *tratamiento impropiamente secundario*, habida cuenta de que las cláusulas «no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios» lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato" (énfasis nuestro).

(2) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de ellas. En este sentido se afirma en otro momento que en estos supuestos "se desvía la atención del consumidor y se obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato mediante la oferta conjunta, a modo de contraprestación, de las cláusulas suelo y de las cláusulas techo o tipo máximo de interés, que pueden servir de señuelo".

(3) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

(4) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad —caso de existir— o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan aquellas.

(5) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor[20].

[20] Como apunta Francisco Pertíñez Vílchez, *op. cit.,* p. 15, el control de transparencia o información requerido por esta sentencia es tan exigente que lleva a una cuasi universalización del carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario.

Por último, cuando una condición general que se refiere al objeto del contrato no cumple, como sucedía en este caso, los requisitos del control de transparencia, entonces es posible valorar su carácter abusivo. Este control habrá de hacerse teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurren en su celebración y las demás cláusulas de aquel. Esto incluye también la evolución previsible de las circunstancias si estas fueron tenidas en cuenta o hubieran debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o medio plazo. De igual modo, se ha de tener en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto de las cláusulas contractuales. Así se deduce del considerando decimoctavo de la Directiva 93/13 y del artículo 82.3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias.

¿Puede considerarse la cláusula suelo abusiva?

El Tribunal Supremo parte en esta sentencia de los conceptos sentados por la STJUE del 14 de marzo 2013, caso Aziz, que al tratar el desequilibrio importante contrario a la buena fe, al que se refiere el artículo 3.1 de la Directiva 93/14 afirma: "[...] tal como la Abogado General indicó en el punto 71 de sus conclusiones, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en este sentido [...]" y en el apartado 69 de la sentencia añade: "[...] en lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe» debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de la directiva y tal y como indicó en esencia la Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa al consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual".

Se plantea el Tribunal Supremo la licitud de las cláusulas suelo, y llega a la conclusión de que lo son siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés

fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio.

No es preciso que exista equilibrio "económico" o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo —máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite—. Más aún, son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con las cláusulas techo y, de hecho, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor equilibrio del suelo.

En definitiva, corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, pero también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta. Sin diluir su relevancia mediante la ubicación en cláusulas con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados —lo que propicia la idea de que son irrelevantes y provocan la pérdida de atención—. Sin perjuicio, claro está, de complementarla con aquellos que permitan el control de su ejecución cuando sea preciso.

Partiendo de lo expuesto, y teniendo en cuenta la naturaleza de los contratos en los que se imponen las cláusulas impugnadas —contratos de préstamos hipotecarios a interés variable—, para valorar el equilibrio de las cláusulas-suelo carentes de claridad, debe atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto. Y si bien el futuro a medio/largo plazo resulta imprevisible —de ahí la utilidad de las cláusulas techo incluso muy elevadas—, en la realidad los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia —único que ha de ser objeto de examen—, en los términos contenidos en las cláusulas transcritas en los apartados 3 a 5 del primer antecedente de hecho de esta sentencia, dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como "variable". Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza.

En síntesis, como las cláusulas no superan el control de transparencia que debe regir en los préstamos hipotecarios concertados con consumidores, más allá del mero control de inclusión en los contratos con

condiciones generales, entonces procede examinar su carácter abusivo. Este carácter abusivo proviene del desequilibrio contrario a la buena fe, que en este caso concurre ya que se cubre exclusivamente el riesgo que para la entidad bancaria tendría una bajada de los tipos de interés, frustrándose las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado en el préstamo como "variable".

El Ministerio Fiscal había interesado en su recurso que se precisara el elemento temporal de la sentencia, ya que "[s]i se otorga este efecto retroactivo total [...] quedarían afectados los contratos ya consumados en todos sus efectos, de modo que [...] habría que reintegrar ingentes cantidades ya cobradas", a lo que añade que "no creemos sea ésta la voluntad de la LCGC por drástica en exceso".

Atendiendo a una serie de argumentos, el Tribunal Supremo declaró la irretroactividad de esta sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectaría a las situaciones definitivamente decididas por las resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de la publicación de esta sentencia.

Los dos argumentos principales eran que la acción colectiva de cesación ejercitada era una acción hacia el futuro y que, aunque ella exigía una previa declaración de nulidad de la cláusula y que los efectos de la nulidad son restitutorios (art. 1303 CC), en tales efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del derecho —entre ellos de forma destacada la *seguridad jurídica* (artículo 9.3 CE)—. Máxime en un caso como éste en que la condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos —en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más—, sino en la falta de transparencia. Y tal falta de transparencia no se deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información en los términos indicados en esta sentencia. Para el Tribunal Supremo, es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, hasta el extremo de que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas[21].

[21] Critica esta solución, entre otros, José María Miquel González (*op. cit.*, p. 249), quien estima que el Tribunal Supremo mezcla "Derecho privado y Economía", "ignorando, aunque conscientemente, que no puede excusar la aplicación de la ley porque los deudores —en este caso los bancos— experimenten al cumplirla dificultades económicas".

Y aquí es donde surge el problema, porque a partir de esta sentencia empezaron a surgir reclamaciones de los usuarios (prestatarios hipotecarios), en las que solicitaban a la entidad de turno una devolución de las cantidades indebidamente pagadas. Muchos juzgados y audiencias provinciales les han reconocido el derecho a ser reintegrados en su totalidad de las cantidades indebidamente abonadas, en contra del criterio del Tribunal Supremo.

Algunas de estas reclamaciones, precisamente, han motivado el planteamiento por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada, así como por la Audiencia Provincial de Alicante, de varias cuestiones prejudiciales al TJUE, en las que en esencia se le eleva la siguiente pregunta: ¿Es posible que los tribunales moderen la devolución de las cantidades por el profesional al consumidor que resultan de una cláusula declarada nula en origen por defecto de información o transparencia?

Entre tanto, el Tribunal Supremo español ha dictado otra sentencia relacionada con este tema, que pasamos a reseñar muy brevemente.

B) *La STS del 25 de marzo del 2015*

El procedimiento se inició con una demanda individual de nulidad de condición general y de reclamación de cantidad, iniciada por una pareja que eran prestatarios hipotecarios, contra la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la AP les dieron la razón, y en consecuencia, les reconocieron el derecho a recibir las cantidades indebidamente abonadas.

La *ratio decidendi* de ambas resoluciones judiciales es que la STS del 9 de mayo del 2013 tenía por objeto una acción colectiva, no de nulidad. Por esta razón, la declaración de irretroactividad estaba ceñida exclusivamente a este *petitum*, que en ningún caso era la reclamación de cantidades ya que este no es el objeto de la acción colectiva de cesación. Por otro lado, el riesgo de quebranto del orden público económico que se mencionaba en la anterior sentencia no podía entenderse que concurriera en este caso, ya que se trataba de una demanda individual.

El Tribunal Supremo da lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad crediticia, aclarando la doctrina sentada en su sentencia del 9 de mayo del 2013.

En primer lugar, afirma el Tribunal Supremo que aunque se trataba de una acción de cesación de condiciones generales, era necesaria la

previa declaración de nulidad. Por eso, la irretroactividad declarada (en solicitud del Ministerio Fiscal) se refería (también) a la nulidad.

En segundo lugar, el alto tribunal sostiene que aunque es cierto que el efecto de la nulidad es retroactivo (art. 1303 CC), esta regla puede ser limitada en aplicación de principios constitucionales como el de seguridad jurídica. En cuanto al riesgo que supone la retroactividad para el orden público económico, entiende el Tribunal Supremo que no es cierto que este riesgo no concurra en las acciones individuales, pues la suma de muchas acciones (como la propia resolución admite que ha venido produciéndose en la práctica, dando lugar a múltiples y variados pronunciamientos de las audiencias provinciales) sí que lo puede suponer.

En definitiva, se confirma la doctrina de la STS del 9 de mayo del 2013, donde se indica que las sentencias individuales que declaren la nulidad de las cláusulas suelo tendrán efecto retroactivo desde la fecha de publicación de la anterior sentencia, pues dicha resolución abrió "los ojos y las mentes de las partes contratantes, pudiendo éstas indagar y esclarecer si las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamo con tipo de interés variable, en principio lícitas, carecen de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información [...]".

La sentencia consta de un voto particular formulado por el magistrado don Francisco Javier Orduña al que adhirió el magistrado don Xavier O'Callaghan, en el que se afirma que son las normas y no las sentencias las que tienen o no efectos retroactivos. A juicio de estos magistrados, la STS del 9 de mayo del 2013 se había dictado en el ejercicio de una acción de cesación, en la que no se reclamaban cantidades, por lo que el Tribunal podía haberse abstenido de pronunciarse sobre este tema. Pero, a juicio de estos magistrados, la solución adoptada por el Tribunal Supremo en esta nueva sentencia de confirmar nuevamente su doctrina anterior, ahora en el marco de una acción individual en la que los demandantes sí reclamaban cantidades, resultaba todavía más grave.

La situación actual que existe en España, por lo tanto, es la de espera ante la resolución que ha de dictar el TJUE en respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada y la Audiencia Provincial de Alicante (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15), a través de las cuales se le preguntaba si la limitación de los efectos de la nulidad de una cláusula abusiva podía considerarse compatible con el artículo 6.1 de la Directiva de 1993[22].

[22] Según este precepto, "[l]os estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas en sus derechos nacionales, las cláusulas

En el mes de octubre del 2015 la Comisión Europea emitió un informe no vinculante en el que proponía al TJUE una solución favorable a la devolución por los bancos españoles de las cantidades indebidamente cobradas pues el mencionado artículo 6.1 de la directiva no añadía ningún matiz temporal a la "no vinculación" del consumidor a las cláusulas abusivas. A la vista de esto, algunas entidades crediticias, temiéndose lo peor, comenzaron a negociar con sus prestatarios la eliminación de la cláusula suelo de sus contratos, con la consiguiente reducción de la cuota de amortización mensual, a cambio de renunciar al ejercicio de una acción de devolución de las cantidades indebidamente pagadas.

No obstante ello, el Abogado General en sus conclusiones del 13 de julio del 2016 ha afirmado justamente lo contrario. En concreto, que "el [artículo] 6.1 de la Directiva, entendido a la luz de los principios de equivalencia y de efectividad, debe interpretarse en el sentido de que, en las circunstancias propias de los litigios principales, no se opone a la decisión de un órgano jurisdiccional supremo mediante la que éste declara el carácter abusivo de las cláusulas «suelo», ordena que cese su utilización y que se eliminen de los contratos existentes y declara su nulidad limitando, al mismo tiempo, en atención a circunstancias excepcionales, los efectos, restitutorios en particular, de esa nulidad a la fecha en que dictó su primera sentencia en ese sentido".

Veremos qué es lo que decide finalmente el TJUE en los últimos meses del año 2016. Por lo pronto, el mismo día en que se publicó el informe del Abogado General se produjo un aumento de la cotización en la Bolsa española de los tres bancos más afectados por este contencioso judicial (Banco Sabadell, Banco Popular y Caixabank)[23], a pesar de que dicho informe tampoco tiene carácter vinculante para el Tribunal[24].

---

abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas".

[23] En información aparecida en la versión online del diario español ABC se apunta que Sabadell había sufrido un repunte del 5,54%, el Banco Popular de 3,5% y Caixabank de 2,29%.

[24] Tras haberse escrito estas líneas, el TJUE dictó su sentencia el 21 de diciembre del 2016, en la que resuelve los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, y se decantó por la retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo, determinando que las entidades bancarias estaban obligadas a restituir a los prestatarios las cantidades indebidamente cobradas, en aplicación de esta cláusula abusiva.

BIBLIOGRAFÍA

Cordero Lobato, Encarna, "Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)", en *Diario La Ley*, n.º 8088, del 22 de mayo del 2012, pp. 1678-1680.

Goñi Rodríguez de Almeida, María, "El procedimiento de ejecución de bienes hipotecados cuando existen cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario que lo originó: consecuencias de la STJUE de 14 de marzo de 2013 y de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 738, 2013, pp. 2667 y ss.

Goñi Rodríguez de Almeida, María, "Una revisión jurisprudencial de las cláusulas suelo y techo del préstamo hipotecario a la luz de la STS de 9 de mayo de 2013", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 739, 2013, pp. 3440 y ss.

López Liz, José. "Perfecta legalidad de la causa de vencimiento anticipado por incumplimiento por el deudor de su obligación de pago en los contratos de hipoteca", en *Diario La Ley*, 20 de septiembre de 1999, pp. 1823 y ss.

Miquel González, José María, "Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios", en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid,* n.º 27, pp. 223-252.

Moralejo Imbernón, Nieves, *El contrato de hipoteca inmobiliaria*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 161-292.

Moralejo Imbernón, Nieves, "Los contratos constitutivos de derechos reales de garantía", en *Tratado de Contratos*, tomo IV, segunda edición (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano; coord. Nieves Moralejo Imbernón y Susana Quicios Molina). Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 4811-4884.

Pertíñez Vílchez, Francisco, "Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario", *InDret*. *Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, julio 2013, pp. 1-28.

Prats Albentosa, Lorenzo, "Préstamo hipotecario: incumplimiento y pretendida nulidad de cláusula de vencimiento anticipado (o «La estoicidad financiera del prestamista…»). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1999", en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n.º 4/1999, pp. 473-477.

Rivera Fernández, Manuel, "Las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 27 marzo 1999", en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n.º 4/2000, pp. 433-444.

Capítulo VIII

El consumidor en el marco del comercio electrónico en Colombia*

Luisa Fernanda García Salazar**

Introducción

El comercio ha sido desde los inicios de la humanidad el medio que utilizaron los seres humanos para lograr el intercambio de productos y servicios, con el fin de satisfacer sus propias necesidades. Dichos acuerdos comerciales constituían obligaciones para las partes, en que una se comprometía a entregar un producto o a prestar un servicio, y la otra, a dar una contraprestación; de esta forma surgen los conceptos de *vendedor* y *consumidor* y las llamadas "relaciones de consumo".

El concepto de "relación de consumo" en Latinoamérica tiene sus cimientos en ordenamientos jurídicos internacionales, en especial en Argentina, país en cuya Constitución Política de 1994 se establece que

> [...] los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno [...] [Constitución argentina, 1994, artículo 42].

En armonía con la Constitución, se expidió la Ley 26.361 de la República de Argentina, la cual definió la relación de consumo como aquel "[...] vínculo jurídico entre proveedor y consumidor o usuario

* Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2017.167.

** Abogada egresada de la Universidad Santo Tomás, magíster en Derecho de la Empresa de la Universidad de Navarra (España), especialista en Negociación, Conciliación y Arbitraje de la Universidad del Rosario, Entrenamientos en Negociación para Profesionales de la Universidad de Harvard, abogada consultora en derecho empresarial, *habeas data*, derecho del consumo y propiedad industrial. Docente investigadora del Grupo CIPJUIS de la Universidad Pontifica Bolivariana, docente de derecho comercial, derecho de los mercados y gobierno en línea-*habeas data*. Correo electrónico: luisagarciasalazar@gmail.com.

[...]" (2008). De igual forma, en el ámbito comunitario, el Mercosur definió la relación de consumo como

> [...] el vínculo que se establece entre el proveedor que a título oneroso provee un producto o servicio y quien lo adquiere o utiliza como destinatario final. Equiparándose está a la provisión de productos o prestación de servicios a título gratuito cuando se realicen en función de una eventual relación de consumo [...] [Mercosur, 1996, Resolución 123].

En lo que a Colombia compete, el doctrinante Juan Villalba Cuéllar manifiesta en su libro *Introducción al derecho de consumo* que

> [...] si bien nuestro ordenamiento y específicamente el Decreto 3466 de 1982 (antiguo estatuto del consumidor) no define la relación de consumo, teniendo en cuenta las definiciones contenidas en el artículo 1ro del mencionado decreto, se puede determinar que la relación de consumo es la que se presenta entre el productor, proveedor y expendedor con el consumidor [...] [Villalba Cuéllar, 2002, p. 110].

Las definiciones anteriores se construyeron bajo la premisa de que las relaciones de consumo tradicionales son aquellas en las cuales se reunían los individuos en un lugar específico y de forma física adquirían un producto o servicio. Sin embargo, las sociedades diariamente experimentan cambios y crean nuevas formas de relacionarse, muestra de ello son las llamadas tecnologías de la información y la comunicación (en adelante, TIC) y el auge del fenómeno de la globalización. Con estos fenómenos se difuminaron las fronteras que limitaban la forma de celebrar acuerdos comerciales y mediante un dispositivo conectado a una red de internet y por intermedio del intercambio de mensajes de datos, se logró adquirir un producto o servicio sin necesidad de conocer físicamente al vendedor o prestador del servicio; esto dio lugar al comercio electrónico y a la formación de las relaciones de consumo electrónicas.

Lo anterior no es ajeno al campo del derecho y su aplicación, a estas nuevas formas de relacionarse y de generar fuentes de obligaciones por medios no tradicionales que trasformaron el comercio y la economía en sí misma. En igual dirección reflexiona el profesor Erik Rincón Cárdenas cuando señala que "[...] la tendencia encaminada hacia una aplicación real del derecho encontrado en la teoría del derecho material un elemento determinante en la interpretación fenomenológica de los diversos mercados y claridad en aplicación del derecho al interior de

cualquier mercado [...]" (2015, p. 211). Asimismo destaca el letrado en mención que

> [...] es precisamente en el desarrollo de las TIC, en el marco de un mercado globalizado y convergente[,] donde se incorpora la necesidad de salvaguardar los derechos de los consumidores mediante una amalgama de mecanismos de seguridad de la información, medidas de protección jurídica y herramienta antropológicas [...] [Rincón Cárdenas, 2015, p. 211].

Por cuanto se refiere al caso colombiano, es valioso rotular sus antecedentes en 1982, año en que el Estado colombiano, preocupado por positivar las normas tendientes a regular las relaciones de consumo, proclama el Decreto 3466. Pese al esfuerzo de la norma, el contexto histórico en el cual se promulgó denota la obsolescencia de ella de cara a los avances notorios en la sociedad y las TIC, lo cual desencadenó la necesidad de adaptar en la legislación las nuevas formas de relacionarse de los individuos, como se puede apreciar en la siguiente cronología legal:

- Ley 223 de 1995: se define el uso de la factura electrónica.
- Ley 270 de 1996: las tecnologías de la información y comunicación al servicio de la administración de justicia.
- Ley 527 de 1997: Ley de comercio electrónico.
- Ley 633 del 2000: el Registro Mercantil de las páginas virtuales.
- Ley 962 del 2005: el título valor electrónico.
- Ley 1266 del 2008: Protección de datos en el sector financiero.
- Ley 1480 del 2011: Estatuto del Consumidor, capítulo "Ventas por medios no tradicionales".
- Ley 1581 del 2012: Ley General de protección de datos personales.

Los esfuerzos por la protección a los consumidores dentro del territorio colombiano han sido importantes, no obstante es claro que en escenarios de relaciones de consumo de orden global hay mucho por trabajar de mano con la cooperación internacional. No en vano el texto del contrato por medios electrónicos destacaba estadísticas que tiempo atrás brindaban un panorama que ya mostraba vulnerabilidad del consumidor por medios electrónicos. Este citaba la posición de la entonces Asociación Internacional de Consumidores frente a la adquisición de productos en tiendas *online* revelando entre otras las siguientes cifras:

> [...] el 6% de los productos no llegan [*sic*] a sus destinatarios; el 9% de las devoluciones realizadas no se rembolsaron [*sic*], de

> manera que el consumidor se quedó sin el producto. La media en el reintegro del importe tras una devolución fue de 19 días [...] [Burgos Puyo, 2003, p. 271].

La situación anterior suscitaba desconfianza del consumidor electrónico y dejaba entrever los vacíos normativos en el ordenamiento jurídico internacional e interno de diversos países.

En el caso colombiano, la Ley 1480 del 2011 procuró incluir formas de protección para el consumidor por medios no tradicionales, reglando las relaciones que se originaran en el llamado "comercio electrónico". En este sentido, se pretende en el presente artículo describir la relación de consumo en el marco del comercio electrónico destacando sus fortalezas y debilidades frente a los derechos y deberes del consumidor y el empresario electrónico, respectivamente.

En concordancia con lo descrito, en el desarrollo del presente artículo se realizará un análisis que parte de instruir al lector sobre el surgimiento del comercio electrónico y la forma en la cual se da origen a las relaciones de consumo electrónico, para con ello analizar la respuesta que brinda la Ley 1480 del 2011 frente a la defensa de los derechos del consumidor electrónico.

1. El comercio electrónico, como nueva forma de crear relaciones comerciales

Al hablar del surgimiento del comercio electrónico debe hacerse alusión a la internet, ya que a través del uso de este medio tecnológico los individuos pueden entablar relaciones comerciales. La internet se desarrolla tras la llamada "carrera armamentista" entre Estados Unidos y la Unión Soviética, en el desarrollo de la Guerra Fría, período durante el cual —específicamente en el año de 1957— el Departamento de Seguridad de los Estados Unidos crea la Agencia de Proyectos de Investigación Avanzada, la cual desarrolla en 1969 la primera red de computadores que permitiría la comunicación ante la posible existencia de una guerra nuclear. Luego, durante las décadas de los ochenta y noventa, se incrementa en el mundo el uso de las computadoras y con ello el uso de la internet, se desarrollan el correo electrónico, los ficheros y la World Wide Web (a través de este último se usaría el comercio electrónico).

Para el año de 1995 y ante el surgimiento del internet en la vida de los individuos, surge la primera empresa de comercio electrónico, y se conoció como Amazon.com. Dicha empresa surge con el objeto de ser una librería virtual, que para el año 1996 alcanzó ventas por valor de

dieciséis millones de dólares; este éxito la llevó a ampliar sus ofertas a música, DVD, videojuegos y tecnología, entre otros productos.

Con el caso de éxito expuesto, las empresas observaron en la era digital la oportunidad de impulsar sus negocios en los ámbitos nacional e internacional, creando relaciones comerciales más allá de las fronteras históricamente establecidas. Tras la revolución que ocasiona la tecnología en los mercados, el término "comercio electrónico" adquiere gran importancia en la forma de entablar relaciones entre los individuos, al permitir que dos o más personas a través de una red abierta como la internet puedan llegar a un acuerdo de voluntades obligándose recíprocamente a cumplir lo pactado.

En palabras de la Comisión de las Comunidades Europeas, el comercio electrónico es aquella actividad que consiste en "[...] realizar electrónicamente transacciones comerciales; es cualquier actividad en la que las empresas y consumidores interactúan y hacen negocios entre sí o con las administraciones por medios electrónicos [...]" (Comunicación Interpretativa de la de la Comisión, Bruselas, 1997, pp. 7-10). En esencia, autores como María Clara Gutiérrez entienden la práctica comercial mediante el uso de las TIC como "[...] una modalidad mercantil que busca agilizar las relaciones comerciales existentes entre personas que se encuentran distantes [...]" (2005).

Con lo discernido en líneas precedentes, se puede definir el comercio electrónico como la compra y venta de bienes o servicios por medios electrónicos. Conforme la experiencia latinoamericana, se ha podido ver que el comercio electrónico debe contar con herramientas que permitan el fortalecimiento de la seguridad, la confianza en el mercado y la protección de datos personales, lo cual, de la mano con las normas de protección al consumidor, podrá preservar los derechos mínimos de los usuarios de este tipo de actividad comercial.

Para su correcto funcionamiento, el comercio electrónico requiere la participación de

(a) el comerciante, quien se entiende como el oferente del bien o servicio;

(b) el comprador, la persona interesada en la adquisición de un bien o servicio, y puede ser de dos tipos: (1) si es para satisfacer sus propias necesidades, se entenderá como un comprador-consumidor que ostenta una especial protección del Estado, al ser considerado el sujeto débil de la relación contractual; (2) ahora bien: si el comprador es una persona que adquiere el producto o servicio para introducirlo en un proceso productivo y transformarlo, no le será aplicable la protección especial descrita;

(c) el gestor de medios de pago, que deberá brindar seguridad en la transacción al consumidor o usuario y

(d) una entidad de verificación o certificación que valide la información de las personas que realizan la relación contractual, ello debido a que en algunas oportunidades y atendiendo a que se realiza el uso de medios electrónicos, los sujetos contractuales no se conocen físicamente.

Ante la preocupación de la comunidad internacional, la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional desarrolla la ley modelo de comercio electrónico, la cual se despliega bajo los principios de buena fe de las partes, neutralidad tecnológica, equivalencia funcional, entre otros (Arias Pou, s. f.).

Resulta pertinente mencionar que existen varios tipos de relaciones contractuales que se originan en el comercio electrónico, a saber: B2B cuando se realiza la compra y venta de servicios entre empresas; B2C cuando exista una empresa y un consumidor final; C2C cuando se realice venta entre usuarios; B2A cuando sean servicios prestados por administradores a empresas o consumidores y B2G cuando sea una empresa del gobierno (Novoa Bolívar, 2002).

Frente al particular el Estado colombiano ha comprendido la necesidad de adaptar su ordenamiento jurídico a las TIC y dotar con eficacia jurídica las nuevas relaciones comerciales que nacen electrónicamente; y al ser el primer país en Latinoamérica en reglar la materia, expide la Ley 527 de 1999. Esta normatividad reglamenta el uso de los mensajes de datos, el comercio electrónico, la firma digital y las entidades de certificación de estas. Con la normativa se buscó entre otras aportar seguridad y confianza al usuario electrónico, así como dotar de validez a los negocios jurídicos por medios no tradicionales.

Frente al panorama de las relaciones comerciales de las TIC se reconoce la importancia de contar con mecanismos jurídicos que permitan la protección de los vendedores y consumidores electrónicos, el respeto a sus derechos, la forma de hacerlos exigibles y las posibles sanciones que se podrían aplicar por los entes administrativos y judiciales.

En suma, en Colombia se cuenta con los mínimos legales para entablar relaciones de consumo nacionales, comoquiera que tanto el consumidor como el empresario digital entablan su relación de consumo bajo los principios, deberes y derechos establecidos en el actual Estatuto del Consumidor. De igual manera, los medios electrónicos por los cuales se perfeccionan los negocios jurídicos realizados gozan de

eficacia jurídica bajo los principios de equivalencia funcional, inalterabilidad del derecho preexistente, neutralidad tecnológica y autonomía de la voluntad, de la Ley 527 de 1999. Además, a la fecha Colombia cuenta con la Ley de protección de datos personales (Ley 1581 del 2012), así como la Ley de delitos informáticos (Ley 1273 del 2009), que materializan las garantías constitucionales en torno al consumidor por medios electrónicos.

De esta manera se observa cómo las transacciones electrónicas en Colombia deben desarrollarse con arreglo al legal tratamiento de los datos personales que se intercambien durante las diferentes etapas de la negociación, es decir, la precontractual, contractual y poscontractual, dado que la norma busca que quienes realicen tratamiento de datos personales cumplan con obligaciones y principios desde la recolección de datos hasta la supresión de ellos, en un ejercicio de temporalidad legal o contractual, según el caso. Por otra parte, la Ley de delitos informáticos, como norma de carácter penal y por ser la *ultima ratio*, busca la prevención y sanción de los fraudes electrónicos que se realicen durante la relación de consumo así como la penalización del ofrecimiento de bienes o productos por medios engañosos.

2. La relación de consumo en el comercio electrónico

Antes de describir la relación de consumo electrónica, es necesario recordar el artículo 1.º del Decreto 3466 de 1982, que definió como consumidor a "[...] 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 [...]" (artículo 1.º, literal c).

La Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante, SIC) ha expresado en diversos conceptos que el consumidor es

> [...] toda persona natural o jurídica, que adquiere o utilice bienes o servicios para satisfacer necesidades propias, familiares, domesticas, etc. Siendo así la relación de consumo, aquella actividad en la cual existe un producto y un consumidor, siendo este último el sujeto desigual de la relación de consumo, siendo [*sic*] el objeto del derecho del consumo y del estatuto del consumidor el brindar protección especial al sujeto débil de la relación contractual, que celebren las partes en uso de su autonomía de la voluntad [...] [Superintendencia de Industria y Comercio, 2012].

Actualmente el artículo 5.º de la Ley 1480 del 2011 ha definido al consumidor según la finalidad con que adquiere el producto o servicio; de esta forma, no será consumidor aquel que obtenga un producto o servicio para la realización de una actividad económica o profesional. Vale la pena aclarar que dentro del concepto de *consumidor* se encuentra el de *usuario*. Comprendida la calidad indispensable de una de las partes en la relación comercial es pertinente poner en evidencia que en el Estatuto del Consumidor colombiano no se conceptualizó la relación de consumo, sin embargo se hizo mención a ella en su artículo 2.º cuando delimitó el ámbito de aplicación de la ley a las relaciones de consumo. Así pues, es menester profundizar frente a ella destacando que desde un aspecto subjetivo, como se ha mencionado antes, una de las partes necesariamente ha de ostentar la calidad consumidor y la otra será el empresario, productor o expendedor de bienes o servicios en el mercado. Debe hacerse hincapié en que el productor o profesional es una persona que se considera en posición de dominio frente al consumidor, debido a su poder económico en la relación de consumo y justamente esta diferencia material es la que invita a la reglamentación especial de esta tipología de negocios.

Lo anterior nos permite afirmar que la noción de "relación de consumo" amplia no se circunscribe al campo contractual, ya que el vínculo jurídico en la relación de consumo puede derivarse de una relación contractual o de una extracontractual, incluyendo el ámbito precontractual (Rinessi, 2006).

En coherencia con lo referido, el actual Estatuto del Consumidor desarrolla deberes del empresario en la etapa precontractual que hacen alusión a la publicidad y a la oferta, contractuales frente a las condiciones de las obligaciones entre las partes y poscontractuales que buscan una eficiente defensa de los derechos de la llamada "parte débil" de la relación. Así concebida la relación de consumo, se reconocen diversas causas fuentes, como el propio contrato de consumo, pero también hechos lícitos, hechos ilícitos y declaraciones unilaterales de voluntad (Villalba Cuéllar, 2012, p. 114).

En la relación de consumo tenemos una clasificación del sujeto consumidor, dependiendo de los medios por los cuales se dé origen a la relación de consumo; por ello, hoy en día se puede hablar de la existencia del consumidor electrónico, entendido como aquella persona natural o jurídica que a través del uso de medios electrónicos adquiere, utiliza o disfruta bienes o servicios para satisfacer sus propias necesidades. El acuerdo de voluntades entre consumidor y empresario se

perfecciona mediante un contrato de consumo electrónico, en el cual se constituye entre las partes una relación jurídica que implica derechos y obligaciones.

La existencia del contrato electrónico (Grupo de Estudios en Internet, 2005, pp. 41-71) es el elemento formal del acuerdo de voluntades que bajo el amparo del principio de equivalencia funcional se reconoció en la Ley 527 de 1999, señalando el documento por medio del cual se instrumentaliza el contrato y otorgando la misma validez que un documento tradicional.

En los negocios virtuales han tenido gran auge entre los empresarios los llamados "contratos de adhesión". Para el profesor Juan Villalba Cuéllar, estos tipos de contratos en el comercio electrónico se describen como

> [...] contratos predispuestos, a través de los cuales los empresarios pretenden vender masivamente sus bienes o servicios, con la característica de que una de las partes (el consumidor) no puede (normalmente) discutir el contenido del contrato. Esta circunstancia ha situado este tipo de contratación bajo la órbita del derecho del consumo [...] [Villalba Cuéllar, 2008].

Para el maestro Erik Rincón Cárdenas, se entiende por contrato electrónico "[...] [aquel] que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico, con influencia decisiva real y directa sobre un acuerdo; en general se trata de aquella contratación que se celebra por medios electrónicos o telemáticos [...]" (Rincón Cárdenas, 2015, p. 221).

El contrato electrónico se encuentra acorde con los lineamientos del Código Civil, en relación con la teleología de los contratos tradicionales, ya que debe cumplir con los requisitos de existencia y validez de los acuerdos convencionales, pero varía en el medio por el cual se documenta, debido a que este acuerdo contractual se instrumentaliza a través del intercambio de mensajes de datos, sin que exista encuentro físico de las partes. En este orden de ideas, la manifestación de la voluntad de las partes se expresa por medio de datos y no bajo las formalidades manuscritas o verbales presenciales tradicionales. En el caso de la oferta en Colombia, el artículo 14 de la Ley de Comercio Electrónico se indica expresamente que

> [...] la formación del contrato[,] salvo acuerdo expreso entre las partes, la oferta y su aceptación[,] [podría] ser expresada por mensajes de datos. No se negará la validez o fuerza obligatoria a

> un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación uno o más mensajes de datos [...] [Ley 527, 1996, artículo 14].

Cobra sentido en la práctica lo descrito bajo la sombrilla de los principios de equivalencia funcional y de inalterabilidad del derecho que como binomio integran los instrumentos electrónicos en el sistema legal.

Por lo que a fundamentos constitucionales se refiere, en las relaciones de consumo, incluidas desde luego las electrónicas, se establecieron los siguientes deberes en el artículo 78 de la norma superior, el cual preceptúa que

> [...] la ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios [...] [Constitución Política, 1991].

De igual manera se dispone el deber que tiene el Estado de garantizar la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el mercado; es así como de forma general para el derecho de consumo es indistinto los medios tradicionales o electrónicos por los cuales se origine la relación de consumo, ya que su objetivo principal es la protección del sujeto débil, es decir, del consumidor.

Tras observar la relevancia del comercio electrónico en las relaciones actuales de una sociedad globalizada, el Estatuto del Consumidor colombiano reguló tanto las relaciones de consumo tradicionales como las electrónicas, estas últimas como una relación entre el productor o proveedor, a través de la cual los individuos logran satisfacer sus necesidades personales, al intercambiar mensajes de datos que permitirán el perfeccionamiento de la relación contractual. En este sentido, el concepto no distingue entre las relaciones de consumo que se realizan de forma presencial y aquellas que se hacen por medios no tradicionales dentro de las cuales está el comercio electrónico, únicamente adiciona derechos y deberes especiales para los métodos no tradicionales, como respuesta a las particularidades de estos negocios. De esta forma, tal y como lo expresó Illescas Ortiz, para el legislador es necesario realizar la "[...] adaptación del ordenamiento jurídico, sin perjuicio de que se trata básicamente de un soporte y medio de emisión declaraciones de voluntad negóciales que no menoscaba en lo sustancial del derecho privado pre[e]xistente [...]" (Illescas Ortiz, 2009, pp. 44-54).

No en vano se expide la Ley sobre la sociedad de la información y la organización de las tecnologías de la comunicación, la cual reitera la importancia del amparo al sujeto débil de la relación de consumo y el brindar un "[...] carácter prevalente a la protección al consumidor de las tecnologías de la información la comunicación [...]" (Rincón Cárdenas, 2015, p. 214).

3. La protección jurídica del consumidor electrónico

El consumidor en todas sus dimensiones constituye el sujeto débil de la relación de consumo, por lo cual se disponen dentro de los diversos ordenamientos jurídicos regulaciones tendientes a defender sus derechos y a lograr que estos no sean vulnerados por los agentes del mercado que ofrezcan productos y servicios.

La obligación de los estados de proteger al consumidor electrónico se desarrolla teniendo en cuenta los problemas a los cuales éste se ha tenido que enfrentar al hacer uso de la red; los inconvenientes más comunes que se pueden presentar son: (1) la falta de entrega del producto por mal manejo de *stocks* o dificultades logísticas, (2) recepción de productos con características diferentes de lo ofertado o defectuosos, (3) problemas de facturación, (4) fraude en línea y (5) otros que ocasionan que los individuos desconfíen del comercio electrónico y se establezcan barreras a esta nueva actividad comercial.

El legislador colombiano tiene diversas tareas en relación con la protección del consumidor electrónico. Sin embargo, coinciden los académicos en que se debe contar con unos mínimos que cumplir por el comerciante que haga uso de los medios tecnológicos para ofertar productos o servicios. Tales deberes se resumen como sigue: (a) debe registrar sus datos de forma clara, precisa y completa, en aras de brindar toda la información necesaria al consumidor, y que éste, previo un análisis, decida si adquiere o no el producto o servicio; (b) tiene el deber de proveer bienes o servicios de calidad, los cuales deben contar con su respectiva garantía legal; (c) brindar protección a la información que el consumidor suministre en aras de lograr la materialización de la relación de consumo; (d) contar con medidas de seguridad en relación con los medios de pago ofrecidos al consumidor electrónico y (e) exigir a la autoridad competente la protección efectiva y ágil a los derechos de los consumidores (Flórez Rojas y Remolina Angarita, 2012).

Además, con el fin de establecer lineamientos específicos para desarrollar la actividad comercial electrónica, el artículo 46 de la Ley 1480

del 2011 determinó los deberes especiales del productor o proveedor que realice ventas a distancia, estableciendo taxativamente que estos deben:

> [...] 1. Cerciorarse de que la entrega del bien o servicio se realice efectivamente en la dirección indicada por el consumidor y que este ha sido plena e inequívocamente identificado. 2. Permitir que el consumidor haga reclamaciones y devoluciones en los mismos términos y por los mismos medios de la transacción original. 3. Mantener los registros necesarios y poner en conocimiento del consumidor, el asiento de su transacción y la identidad del proveedor y del productor del bien. 4. Informar, previo a la adquisición, la disponibilidad del producto, el derecho de retracto el término para ejercerlo, el término de duración de las condiciones comerciales y el tiempo de entrega [...] [Superintendencia de Industria y Comercio, 2014].

Por ello dentro del mismo estatuto se le da al consumidor electrónico la posibilidad de retractarse de la compra realizada, para lo cual el artículo 47 de la Ley 1480 del 2011 establece el llamado "derecho de retracto". El retracto permite al consumidor, pasados cinco días hábiles posteriores a la entrega del producto o a la celebración del contrato de prestación del servicio, el resolver el contrato de forma unilateral y por consiguiente el vendedor debe dentro de los treinta días siguientes realizar el reintegro de dinero dado por el comprador electrónico, sin descuentos. El derecho de retracto se encuentra señalado en una norma de orden público; de esta forma, el legislador determina que todas aquellas disposiciones establecidas por el comerciante que contraríen este derecho se tendrán como no escritas (juez décimo civil de circuito, 2014).

Es pertinente destacar que a pesar de existir el derecho de retracto como una garantía y protección para el consumidor, esta figura cuenta con diversas limitantes, ya que no se permite la aplicación de aquel en la prestación de servicios que emanaron con el acuerdo del consumidor, en los contratos de servicios de apuestas y loterías, en los contratos de adquisición de bienes perecederos y en los contratos de suministros cuando: (a) el bien o servicio esté sujeto a fluctuaciones del mercado que el productor no puede controlar; (b) se trate de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor y (c) se trate de bienes que por su naturaleza no pueden ser devueltos, pueden deteriorarse o caducar.

Por otra parte, la Ley 1480 del 2011, ante su compromiso de proteger en todos los aspectos posibles al consumidor, le otorga a éste otro

derecho, que se desarrolla en su artículo 51, y es la llamada "reversión de pago", mediante la cual el consumidor cuenta con la posibilidad de presentar queja ante el proveedor, y es deber del quejoso devolver el producto, y del proveedor, informar al emisor del instrumento de pago electrónico para realizar la reversión del pago si procede la reclamación efectuada. Solo es procedente dicha reversión de pago cuando éste se realice por medios electrónicos (Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, 2013).

En el contexto descrito, el Estatuto del Consumidor le ofrece al llamado "ciberconsumidor" la posibilidad de hacer efectivos sus derechos mediante el uso de las dos figuras antes mencionadas; es relevante advertir que estas no son excluyentes, pero presentan diversas diferencias, las cuales se citan a continuación:

(a) La figura del retracto opera, entre otros casos, cuando se realiza el pago a través de sistemas de financiación que son ofrecidos por el productor o proveedor del producto o servicio contrato; *contrario sensu* sucede con la reversión, en donde el pago se realiza mediante cualquier medio electrónico, como lo son los plásticos de crédito o débito, entre otras opciones.

(b) En el retracto se resuelve el contrato y se procede al reintegro de los dineros entregados por el consumidor, a diferencia de la reversión, ya que en esta lo que procede es que el consumidor eleve queja y de ser válida se realice el reintegro de los dineros pagados.

(c) En la figura de retracto el consumidor debe regresar el bien en las condiciones en las que lo recibió, para que proceda la posterior devolución del dinero, punto disímil con la reversión, ya que en esta no se llega a la instancia necesariamente de la entrega del bien y lo que sucede es que el consumidor eleva queja para se le devuelva el dinero.

(d) En materia de retracto estamos en presencia de contratos para la venta de bienes y prestación de servicios, venta de tiempos compartidos o todas aquellas que utilicen métodos no tradicionales o a distancia que no puedan consumirse o no hayan iniciado su ejecución en el caso de los contratos de prestación de servicios; en las mencionadas circunstancias se puede realizar la reversión del pago con la simple decisión y comunicación del consumidor de no querer el producto o servicio adquirido; en manifestaciones de la SIC se expresa que esta es la facultad de arrepentimiento del consumidor. El derecho de retracto encuentra otra diferencia con la reversión, ya que esta se da en las ventas de bienes por internet, *call center*, PSE, tienda virtual o televentas y en

todos aquellos medios digitales en los cuales se observe la existencia de actividades fraudulentas o cuando el artículo presente defectos; resulta necesario resaltar que deben estar las causales mencionadas para la procedencia de la figura siendo restrictivas su aplicación [*sic*] [Flórez Rojas y Remolina Angarita, 2012, p. 18].

Cuando de transporte se hable debemos remitirnos al desistimiento de que habla el artículo 1878 del Código de Comercio. No obstante la doctrina ha entendido distintos el desistimiento en materia de transporte y el derecho de retracto, las consecuencias en la práctica para el consumidor resultan ser las mismas, comoquiera que el fin último es la devolución del dinero. Lo anterior es concordante con el artículo 3.10.2.14 del Reglamento Aeronáutico Civil modificado por la Resolución 1375 del Ministerio de Transporte en donde de forma indistinta se aborda la figura jurídica cuando dice:

> [...] 3.10.1.8. Facultades del pasajero para ejercer el desistimiento o retracto. 3.10.1.8.1. Desistimiento. En aplicación del artículo 1878 del Código de Comercio, el pasajero podrá desistir del viaje antes de su iniciación, dando aviso al transportador o a la agencia de viajes con al menos veinticuatro (24) horas de antelación a la realización del vuelo [...]. [2015]

Desde una perspectiva universal, la preocupación de los organismos internacionales por el crecimiento de las relaciones de consumo electrónicas ha llevado a la creación de lineamientos que permitan lograr contar con ordenamientos jurídicos unificados que brinden protección y confianza al consumidor electrónico. Por ello la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE) realiza recomendaciones para la protección del consumidor en el contexto del comercio electrónico.

La OCDE busca con sus recomendaciones poner fin a las prácticas comerciales fraudulentas y contar con garantías mínimas para el consumidor electrónico; es deber de los estados brindar a los consumidores una protección efectiva y transparente.

En atención de lo dispuesto por la OCDE, el legislador colombiano no ha sido extraño a los avances que experimenta la sociedad en el tema de las TIC y a la necesidad de proteger al consumidor ante cualquier afectación que se pueda presentar por medio de relaciones contractuales tradicionales o electrónicas. Por ello en la Constitución de 1991 se establece la importancia de contar con regulaciones normativas que protejan al consumidor, como fin esencial del Estado social de derecho, que

va encaminado a fortalecer el deber de las autoridades públicas en la protección de "[...] todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares [...]" (Constitución Política, 1991, artículo 2.º).

En cumplimiento del mandato constitucional, el nuevo Estatuto del Consumidor comprende la necesidad de ampliar su regulación a todos los sujetos que utilizan los medios electrónicos, y así establece en sus artículos 50 y 52 cargas adicionales para la persona natural o jurídica que ofrezca sus productos o servicios por la red y en especial cuando su *core* se dirija a niños y adolescentes. Según las normas mencionadas, el empresario electrónico debe: (1) contar con herramientas que le permitan verificar la edad del consumidor y la constancia de la existencia de autorización de su representante legal para la adquisición del producto o servicio; (2) informar su identidad, es decir el número de identificación tributaria, registro mercantil, razón social, domicilio, entre otras; (3) brindar información clara, fidedigna y comprensible sobre los productos; (4) informar lo medios que dispone para realizar los pagos; (5) publicar las condiciones del contrato; (6) disponer procedimientos para radicar peticiones, quejas o reclamos y adaptar mecanismos de seguridad para la protección de la información personal de los consumidores.

Es claro que con la expedición del Estatuto del Consumidor el legislador otorga en el contexto del comercio electrónico derechos al consumidor, los cuales representan gran carga al comerciante electrónico, pero también lleva a comprender la necesidad de que el consumidor electrónico contribuya a hacer efectivos sus derechos, muestre diligencia y cuidado al momento de adquirir productos o servicios a través de medios electrónicos y, además, a que las entidades públicas cumplan con las labores de control y vigilancia de dichas actividades comerciales.

Conclusiones

En líneas precedentes se pudo analizar cómo han sido el crecimiento y la consolidación del comercio electrónico en el mundo, lo cual ha ocasionado que organismos internacionales y los ordenamientos jurídicos internos deban adaptarse a las nuevas necesidades de los individuos, quienes ven en esta innovadora actividad comercial una forma de adquirir productos o servicios desde la comodidad de su hogar.

Al hacerse referencia al comercio electrónico, y al comprender que en este se puede observar una relación de consumo, es trascendental llamar la atención de los legisladores en aras de establecer la normatividad que protegerá al sujeto débil de esos acuerdos comerciales digitales; en el caso colombiano, mediante la expedición de la Ley 1480 del 2011 se avanzó en la regulación para el llamado "consumidor electrónico", brindándole a este seguridad a su información, a través de los medios de pago y en la forma de lograr el cumplimiento de lo pactado mediante un contrato electrónico, el cual, amparado sobre los principios de equivalencia funcional, autonomía de la voluntad, inalterabilidad del derecho y buena fe, debe contener las mismas características y el mismo alcance de un contrato tradicional.

Si bien la Ley 1480 del 2011 se preocupó por definir el comercio electrónico, los deberes y obligaciones que debían tener los comerciantes con el consumidor que adquiría un producto o servicio a través del uso de las TIC, dicha normatividad requiere complementación e integralidad con normas que protejan a la parte débil de la relación desde lo contractual, protección de la información personal, seguridad informática en la transacciones, los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas en las relación de consumo electrónica, entre otras.

Por otra parte, cabe señalar que la Ley 1480 del 2011 no derogó el Decreto 3466 de 1982, por lo cual en el ordenamiento jurídico colombiano existen dos disposiciones imperantes en relación con la protección del consumidor, lo cual crea incertidumbre jurídica, ya que el legislador solamente expresó en la Ley 1480 que serían derogadas todas aquellas normas que le sean contrarias, permitiendo con ello la existencia de mandamiento legales que complementen el nuevo estatuto o que se encuentren en armonía con este.

Aunado a ello, la Ley 1480 del 2011, en relación con el comercio electrónico, se limitó a brindar gran protección al consumidor electrónico cuando este realice intercambio de mensajes de datos con personas naturales o jurídicas que ofrezcan sus servicios dentro del territorio nacional; es decir, el nuevo estatuto no reguló las relaciones de consumo de carácter transfronterizo por territorialidad de la norma y no estableció mecanismos u obligaciones para las entidades del Estado en materia de cooperación con autoridades en países extranjeros para tales fines aun cuando en la práctica existen experiencias positivas en esta materia.

Lo anterior lleva a concluir que el ordenamiento jurídico colombiano define el concepto de *comercio electrónico* a través de su marco legal

y constitucional, pero no lo entiende en su contexto amplio sino que lo limita a las actuaciones que se desarrollen dentro de su territorio; con ello ocasiona la desnaturalización del comercio electrónico, ya que esta actividad fue concebida para contribuir al fenómeno de la globalización y lograr con ello eliminar fronteras y permitir que los individuos sean ciudadanos de un mundo digital.

A pesar de contar con el reconocimiento del comercio electrónico, como actividad comercial a través de la cual se realiza la adquisición de bienes y servicios, es necesario complementar la Ley 1480 del 2011 en materia de relaciones comerciales transfronterizas. El legislador debe encontrar la respuesta en las organizaciones internacionales, tales como la Comunidad Andina de Naciones o el Mercado Común del Sur, los cuales se han preocupado por entender la actividad comercial electrónica en su contexto global y por buscar alianzas con países que adopten igual normatividad que permita dar solución a las controversias del comercio electrónico internacional y con ello brindar protección al consumidor del comercio electrónico, tanto nacional como internacional.

BIBLIOGRAFÍA

Arias Pou, M. (2006). Manual Práctico de Comercio Electrónico. Disponible en http://books.google.com.co/books?id=AUKnBlV6cAMC&pg=PA496&dq=comercio+electronico+pdf&hl=es- [consulta: 21 de julio del 2016].

Burgos Puyo, A. (2003). *El contrato por medios electrónicos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Flórez Rojas, M. L. y Remolina Angarita, N. (2012). Documento GECTI n.º 15. La protección del consumidor en el contexto del comercio electrónico. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, n.º 7, año XII.

Grupo de Estudios en Internet. (2005). *Comercio electrónico, telecomunicaciones e informática, aproximación a la formación de contratos en internet*. Bogotá: Legis.

Gutiérrez, M. C. (2005). *Comercio electrónico*. Bogotá: Universidad de los Andes-Legis.

Illescas Ortiz, R. (2009). *Derecho de la contratación electrónica* (2ª ed.). Navarra: S. L. Civitas.

Novoa Bolívar, L. C. (2002). Comercio electrónico B2B: la protección de los consumidores en Colombia. *Revista e-Mercatoria*, n.º 1, año II.

Rincón Cárdenas, E. (2015). *Derecho del comercio electrónico y de internet* (2ª ed.). Bogotá: Legis.

Rinessi, A. (2006). *Relación de consumo y derechos del consumidor*. Buenos Aires: Astrea.

Superintendencia de Industria y Comercio (2012). Estatuto del Consumidor: una mirada a la ley 1480 del 2011. *Revista Foro del Jurista*, año XII, n.º 29.

Villalba Cuéllar, J. C. (2008). Contratos por medios electrónicos. Disponible en http://www.redalyc.org/pdf/876/87602207.pdf [consulta: 20 de julio del 2016].

Villalba Cuéllar, J. C. (2012). *Introducción al derecho de consumo*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.

Zentner, D. (2010). *Contrato de consumo*, Buenos Aires: La Ley.

Legislación

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de 1991, artículo 2, 78.

Comisión de las Comunidades Europeas. Comunicación interpretativa de la Comisión, Bruselas, 1997.

Congreso General Constituyente, Constitución argentina, 1994, artículo 42.

Ley 527 de 1999. Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones. 21 de agosto de 1999. Diario Oficial n.º 43.673.

Ley 26.361 del 2008 de la República de Argentina. Por medio de la cual se realizan modificaciones a la ley 24240 y se dictan disposiciones complementarias, 3 de abril del 2008.

Otros

Juez décimo civil del Circuito. (2014). Acción de tutela n.º 11001310301020 140053700, Bogotá.

Mercosur. (1996). Resolución 123. Defensa del consumidor —conceptos—. 13 de diciembre de 1996.

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. (2013). Proyecto de decreto de reversión del pago, Bogotá.

Superintendencia de Industria y Comercio. (2014). Acta de audiencia prevista en el artículo 432 del C. P. C., Bogotá.

Capítulo IX

Régimen europeo de los contratos a distancia*

Sebastián López Maza**

Introducción

Las ventas a distancia en el ámbito europeo merecían una regulación armonizada y plena en todos los países miembros de la Unión, que evitara los problemas que se planteaban en el caso de ventas transfronterizas. Si un consumidor español compraba un producto alemán por intermedio de un establecimiento francés, ¿qué norma se debía aplicar en caso de que surgiera algún problema? A través de la Directiva 2011/83/UE (en adelante, DDC), se ha tratado de profundizar en el camino armonizador que ya inició la Directiva 97/7/CE, para garantizar un espacio común de protección y regulación. No obstante, la directiva constituye una norma de mínimos para los comerciantes, que podrán conceder a los consumidores mayor protección que la establecida en la norma comunitaria (art. 3.6 DDC).

En el presente estudio se analizará el sistema europeo de los contratos de venta a distancia, establecido en la directiva citada. Esta norma

* Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2017.168.

** Doctor en Derecho Civil egresado de la Universidad Autónoma de Madrid. Profesor en distintos másteres sobre Propiedad Intelectual. Coordinador del Máster de Propiedad Intelectual, Industrial y Nuevas Tecnologías de la Universidad Autónoma de Madrid. Director y profesor de la Summer School in Spanish Law, Politics and Economics, y de la Summer School in European and Comparative Law. Ha realizado varias estancias en el Max Planck Institut for Competition and Innovation, de Múnich (Alemania). Especialista en Propiedad Intelectual y Derecho de Consumo. Autor de dos monografías: *Límites al derecho de reproducción en el entorno digital* y *El contrato de juego y apuesta en el ámbito civil*. Ha participado en numerosas obras dirigidas por el profesor Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano: *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios*, *Comentarios al Convenio de Berna*, *La reforma de la Ley de Propiedad Intelectual* y *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Correo electrónico: sebastian.lopez@uam.es.

prevé para ellos un régimen especial de información precontractual, unos requisitos formales aplicables a este tipo de contratos, un derecho de desistimiento específico, un conjunto de normas sobre entrega de los bienes y transmisión de riesgos, y toda una batería de derechos para los consumidores. Como toda norma sobre derecho de consumo, la directiva parte de un marcado carácter tuitivo del consumidor.

1. CONTEXTO NORMATIVO DE LOS CONTRATOS A DISTANCIA

La armonización del régimen de los contratos a distancia en la Unión Europea se ha llevado a cabo, básicamente, a través de la Directiva 2011/83/UE, del 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores. Esta norma ha venido a derogar la Directiva 97/7/CE, del 20 de mayo, relativa a la protección de los consumidores en materia de contractos a distancia (art. 31 DDC). El legislador europeo reexaminó, a luz de la experiencia adquirida, y a fin de simplificar y eliminar las incoherencias y lagunas no deseadas, dicha directiva para aprobar la nueva norma del 2011. No obstante, hay que recordar que ya la Directiva 2000/31/CE, del 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el mercado electrónico en el mercado interior (en adelante, DSSICE), estableció una regulación especial en el ámbito de los contratos a través de internet —y únicamente respecto de ciertos aspectos—, como los requisitos de información al consumidor.

La DDC no se aplica a toda una serie de contratos. En particular, a los previstos en el artículo 3.3: los contratos de servicios sociales (vivienda social, cuidado de niños, apoyo a familias y personas necesitadas); los contratos de asistencia sanitaria; los contratos de actividades de juego por dinero que impliquen apuestas de valor monetario en juegos de azar (loterías, juegos de casino, apuestas); los contratos de servicios financieros; los contratos de creación, adquisición o transferencia de bienes inmuebles o de derechos sobre estos; los contratos para la construcción de edificios nuevos, la transformación sustancial de los existentes y el alquiler de alojamiento para su uso como vivienda; los contratos sobre viajes combinados; los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico; los contratos para el suministro de productos alimenticios, bebidas u otros bienes de consumo corriente para el hogar, suministrados físicamente por el comerciante mediante entregas frecuentes y regulares en un hogar o lugar de residencia; los contratos de servicios de transporte de pasajeros; los contratos celebrados

mediante distribuidores automáticos o instalaciones comerciales automatizadas —la compra de una botella de agua en una máquina expendedora no es un contrato a distancia—; o los contratos con operadores de telecomunicaciones a través de teléfonos públicos para el uso de esos teléfonos.

Por otro lado, también hay que mencionar la propuesta de directiva del 9 de diciembre del 2015, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes. Se trata de una norma que aún no ha sido aprobada definitivamente, por lo que no se analizará en el presente trabajo, en la medida en que su texto puede sufrir modificaciones importantes. En este caso, se pretende armonizar: (1) el sistema de conformidad de los bienes con el contrato; (2) las formas de saneamiento de los bienes no conformes y (3) el régimen de la garantía comercial.

Cabe plantearse cuál es la razón por la que el legislador se ha preocupado por armonizar este tipo de contratos en la Unión Europea. El limitado crecimiento de las ventas a distancia transfronterizas en los últimos años hizo que el legislador fuera consciente de la problemática que planteaban las distintas regulaciones de los estados miembros, pues el espíritu armonizador de la Directiva 97/7/CE respecto de este tipo de contratos no se había conseguido plenamente. Se entiende que el mercado interior debe comprender un espacio sin fronteras interiores, donde estén garantizadas la libre de circulación de mercancías y servicios, y la libertad de establecimiento. La armonización del sistema que regula estos contratos es necesaria para promover un auténtico mercado interior para los consumidores. Las diferencias que pueda haber entre los distintos estados miembros pueden crear obstáculos que afecten a los comerciantes que desean realizar ventas transfronterizas de bienes o prestar servicios transfronterizos. Además, el continuado desarrollo de las nuevas tecnologías pone en evidencia la importancia de esta modalidad contractual.

2. El concepto de "contrato a distancia"

Según el artículo 2.7 DDC, un contrato a distancia es "todo contrato celebrado entre un comerciante y un consumidor en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, sin la presencia física simultánea del comerciante y del consumidor, y en el que se han utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta el momento en que se celebra el contrato y en

la propia celebración del mismo". Lo importante es que el comerciante y el consumidor no estén presentes físicamente en el lugar donde se negocia y se acaba celebrando el contrato[1]. No obstante, esta definición también debe cubrir aquellas situaciones en las que el consumidor únicamente visita el establecimiento mercantil del comerciante con el fin de recabar información sobre sus bienes o servicios, y la negociación y subsiguiente celebración del contrato tienen lugar a distancia. Por el contrario, no entran dentro de este concepto: (a) un contrato que se negocie en el establecimiento del comerciante y acabe celebrándose a través de un medio de comunicación a distancia; (b) un contrato que se inicie utilizando un medio de comunicación a distancia pero acabe celebrándose en el establecimiento del comerciante; (c) las reservas que el consumidor pueda realizar a través de una técnica de comunicación a distancia para solicitar la prestación de un servicio a un profesional (p. ej., pedir cita en una peluquería).

Por otro lado, "consumidor" será toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión (art. 2.1 DDC). En el caso de los contratos con doble finalidad (p. ej., la persona que acude a comprar un ordenador que utilizará para su uso privado y también en el trabajo), si el objeto es tan limitado que no predomina un contexto determinado, esa persona deberá ser considerada también consumidora.

La contratación a distancia es una operación que se desarrolla básicamente en tres fases fundamentales: (1) el consumidor recibe la oferta de un producto o de un servicio a través de una descripción escrita, visual u oral, con indicación del precio y del resto de condiciones de la oferta contractual; (2) sobre esa base, el consumidor efectúa su pedido; (3) pasado un determinado período de tiempo, recibirá el bien o servicio en la dirección que haya suministrado al comerciante. La principal ventaja de los contratos a distancia es la reducción del precio de los bienes, en la medida en que suponen un ahorro en el coste de los intermediarios. Sin embargo, presentan dos desventajas claras: (a) la publicidad en estos casos es objeto de un menor control que respecto de los medios

[1] El artículo 5.16 del Estatuto del Consumidor colombiano, en el concepto de "ventas a distancia", destaca la ausencia de contacto físico directo del consumidor con el producto. Aquí lo importante no es que consumidor y comerciante no estén físicamente presentes en el mismo lugar a la hora de celebrar el contrato, sino que el consumidor no pueda ver o tocar el producto antes de adquirirlo. Así también se expresa el artículo 6 del Decreto 1499 del 2014, por el que se reglamentan las ventas que utilizan métodos no tradicionales y las ventas a distancia.

tradicionales; (b) en principio, el consumidor no puede ver físicamente o tocar el bien que va a adquirir, sino que el comerciante se lo ofrece mediante el anuncio o la descripción correspondientes.

Por "técnica de comunicación a distancia" se entiende todo medio que permita la celebración del contrato entre un consumidor y un comerciante sin presencia física simultánea de ambos. Se incluiría: el correo postal (catálogos, ofertas hechas mediante publicidad postal), la prensa, el teléfono, la televisión, la radio e internet[2].

3. La información precontractual

Antes de que el consumidor quede vinculado por el contrato a distancia, el comerciante deberá facilitarle la información de forma clara y comprensible, tal como lo dispone el artículo 6.1 DDC. El nivel de claridad se mide por comparación con un consumidor medio. La falta de claridad y la incomprensión de la información pueden venir dadas por muchos motivos: (1) porque la información resulte semánticamente incoherente; (2) porque esté redactada en un idioma distinto al usado en la contratación; (3) porque se use un lenguaje excesivamente técnico; (4) porque resulte ilegible dado el tamaño de la letra; (5) porque esté escondida entre la documentación remitida al consumidor[3]. Además, al facilitar esa información, el comerciante deberá tener en cuenta las necesidades especiales de los consumidores que sean especialmente vulnerables debido a una enfermedad mental, física o psicológica, edad o credulidad —no obstante, estas necesidades especiales no deben conducir a niveles diferentes de protección de los consumidores.

Entre esa información precontractual se incluye: (1) las características principales del bien o servicio; (2) la identidad del comerciante; (3) la dirección geográfica del establecimiento del comerciante, el número de teléfono o fax y la dirección de correo electrónico —se trata de que el consumidor pueda ponerse en contacto con él y comunicarse de

[2] El artículo 5.16 del Estatuto del Consumidor colombiano enumera el correo, el teléfono, el catálogo y el comercio electrónico. Por su parte, el artículo 6 del Decreto 1499 del 2014 añade, además, cualquier otra técnica de comunicación a distancia, en previsión de incluir aquellas que pudieran surgir en el futuro.

[3] A. Sánchez Gómez, (2015). Artículo 98. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Navarra: Aranzadi, p. 1488; Díez García, H. (2014). Artículos 7 y 8. En S. Díaz Alabart (dir.), *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83*. Madrid: Reus, p. 170.

forma rápida y eficaz—; (4) el precio total de los bienes o servicios, incluidos los impuestos, así como, cuando proceda, todos los gastos adicionales de transporte, entrega o postales y cualquier otro gasto[4]; (5) el coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia para la celebración del contrato; (6) los procedimientos de pago, entrega y funcionamiento, la fecha en que el comerciante se compromete a entregar los bienes o a ejecutar la prestación del servicio, así como el sistema de tratamiento de las reclamaciones; (7) cuando exista un derecho de desistimiento, las condiciones, el plazo y los procedimientos para ejercitarlo; (8) la indicación, cuando proceda, de que el consumidor tendrá que correr con el coste de la devolución de los bienes en caso de desistimiento y cuando los bienes no puedan devolverse normalmente por correo, dada su naturaleza, su coste de devolución[5]; (9) cuando no haya previsto un derecho de desistimiento, la indicación de que al consumidor no le asiste tal derecho o, cuando proceda, las circunstancias en que el consumidor perderá dicho derecho; (10) un recordatorio de la existencia de una garantía jurídica de conformidad de los bienes con el contrato; (11) cuando proceda, la existencia de asistencia posventa, servicios posventa y garantías comerciales, así como sus condiciones; (12) la existencia de códigos de conducta y la forma de conseguir ejemplares de estos[6]; (13) la duración del contrato, cuando proceda, o, si el contrato es de duración indeterminada o se prolonga de forma automática, las condiciones de resolución; (14) cuando proceda, la duración mínima de las obligaciones del consumidor derivadas del contrato; (15) cuando proceda, la existencia y las condiciones de los depósitos u

[4] Si el precio no pudiera calcularse razonablemente de antemano por la naturaleza de los bienes o de los servicios, deberá indicarse la forma en que se determinará.

[5] En cuanto al requisito de información al consumidor del coste de devolución de los bienes que por su naturaleza no pueden devolverse normalmente por correo, se considerará que el comerciante ha cumplido esa obligación, por ejemplo, si indica un transportista (por ejemplo, el asignado para el suministro de los bienes) y un precio para la devolución de los bienes. Cuando el comerciante no pueda realizar por adelantado un cálculo razonable del coste de devolución, por ejemplo, por no ser él mismo quien se ocupe de la devolución, deberá facilitar una declaración indicando que dicho coste será exigido y puede ser elevado, acompañada de una estimación razonable del coste máximo que podrá basarse en el coste de suministro al consumidor.

[6] Según el artículo 2.f Directiva 2005/29/CE, del 11 de mayo, "código de conducta" es el acuerdo o conjunto de normas no impuestas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un Estado miembro, en el que se define el comportamiento de aquellos comerciantes que se comprometen a cumplir el código en relación con una o más prácticas comerciales o sectores económicos concretos.

otras garantías financieras que el consumidor tenga que pagar o aportar a solicitud del comerciante; (16) cuando proceda, la funcionalidad de los contenidos digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables (p. ej.: si adquiero un CD de música, deberá indicar si lleva o no medidas anticopia que me impidan hacerme una copia privada del disco); (17) cuando proceda, toda interoperabilidad pertinente del contenido digital con los aparatos y programas conocidos por el comerciante o que quepa esperar razonablemente que éste pueda conocer (p. ej.: si adquiero el *software* de Microsoft Office, deberá informarme de si puedo utilizarlo o no con dispositivos Apple); (18) cuando proceda, la posibilidad de recurrir a un mecanismo no judicial de reclamación y los métodos para acceder a él (p. ej., arbitraje)[7].

Como se puede observar, hay información que necesariamente debe entregarse de antemano al consumidor y otros ítems de información que únicamente se suministrarán cuando proceda. Además, todo lo que tenga que ver con la información sobre el derecho de desistimiento podrá proporcionarse mediante un modelo de documento previsto en el Anexo de la DDC (art. 6.4)[8]. Y si el comerciante no cumple con los requisitos de información sobre los gastos adicionales u otros costes, el consumidor no deberá abonarlos (art. 6.6 DDC). Por otro lado, la carga

[7] En Colombia, el deber de información precontractual no está tan desarrollado como en Europa. El artículo 46.4 del Estatuto del Consumidor indica que deberá informarse sobre la disponibilidad del producto, el derecho de retracto y las condiciones para su ejercicio, el término de duración de las condiciones comerciales y el tiempo de entrega. El artículo 8 del Decreto 1499 del 2014 desarrolla un poco más esta obligación del comerciante en su artículo 8. Añade la información relativa a los gastos de entrega y transporte, las formas de pago o las modalidades de entrega, entre otros. No obstante, el artículo 50 del Estatuto amplía la información precontractual en los casos de contratos electrónicos.

[8] El incluir un formulario modelo para desistir tiene como objetivo facilitar el proceso de ejercicio de este derecho y aportar seguridad jurídica. No obstante, no se trata de una obligación, pues el consumidor es libre de desistir utilizando cualquier otro medio que permita notificar al comerciante su decisión (p. ej., llamada telefónica). No obstante, conviene tener en cuenta que, en la medida en que la carga de la prueba del ejercicio de este derecho dentro de plazo recae sobre el consumidor, le interesará a éste expresar su decisión en un soporte lo suficientemente duradero como para poder demostrarlo llegado el caso. *Vid*. Costas Rodal, L. (2013). El derecho de desistimiento en los contratos a distancia y en los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil en la proyectada reforma de la Ley de consumidores y usuarios. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* (8), base de datos Westlaw, BIB 2013/2397; Rubio Torrano, E. (2012). Nueva Directiva sobre los derechos de los consumidores. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* (9), p. 19.

de la prueba sobre el cumplimiento de estas exigencias de información incumbirá al comerciante (art. 6.9 DDC).

Una regla fundamental es la siguiente: toda esta información formará parte integrante del contrato a distancia y no se alterará a menos que las partes dispongan expresamente lo contrario (art. 6.5 DDC). Es decir que vinculan al comerciante como si fueran auténticas cláusulas contractuales. Aunque esa información no aparezca, se aplicará en cualquier caso al contrato finalmente suscrito —en este sentido, la información precontractual anticipa al consumidor cuáles van a ser las cláusulas del futuro contrato, si es que llega a celebrarse—. Con base en el artículo 6.5 DDC, no cabe admitir un pacto que rebaje las obligaciones de información precontractual del comerciante[9]. Además, el comerciante no puede cambiar unilateralmente lo señalado en la información (p. ej., decir en la información al consumidor que el producto costará X y luego en el contrato cobrarle 2X). De hacerlo, se aplicará lo indicado en la información precontractual y no lo establecido en el contrato, a menos que el consumidor lo acepte expresamente. La información omitida por el comerciante no podrá integrar el contenido del contrato.

Finalmente, todos estos requisitos de información son adicionales a los que se prevén en la Directiva 2006/123/CE, del 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior, y en la DSSICE (art. 6.8).

4. Los requisitos formales de los contratos a distancia

El artículo 8.º DDC lleva por título "requisitos formales de los contratos a distancia". Ahora bien: el legislador europeo no ha querido convertir los contratos a distancia en contratos formales. Realmente, más que de requisitos formales de estos contratos, habría que hablar de requisitos formales respecto de la información precontractual —señala

[9] Costas Rodal, L. (2014). Novedades en materia de contratos con consumidores celebrados a distancia y fuera del establecimiento tras la Ley 3/2014, del 27 de marzo, de reforma del TRLCU/2007. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* (3), base de datos Westlaw, BIB 2014/1534; Mendoza Losana, A. I. (2012). Los contratos a distancia y celebrados fuera de establecimiento mercantil tras la Directiva 2011/83/UE. Relación con la Directiva de comercio electrónico y la Directiva de servicios. *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (1), p. 46; Represa Polo, M. P. (2014). Artículos 5 y 6. En S. Díaz Alabart (dir.), *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83*. Madrid: Reus, p. 117.

el artículo 3.5 DDC que la directiva no afectará a las disposiciones nacionales sobre validez, formalización o efectos de los contratos—[10]. Además, todas estas condiciones de forma no tienen como fin asegurar o garantizar que el consentimiento se ha formado de manera libre y consciente, sino garantizar al comerciante que el consumidor no puede alegar carencias de información y evitar reclamaciones en este sentido[11]. El deber de buena fe será fundamental como parámetro para determinar si se han cumplido correctamente todos estos requisitos o no. Se establecen previsiones generales y varias especialidades en función del tipo de contrato ante el que nos encontremos.

En primer lugar, el comerciante deberá facilitar al consumidor la información antes señalada o la pondrá a su disposición de forma acorde con la técnica de comunicación a distancia utilizada, en términos claros y comprensibles (art. 8.1 DDC). Además, cuando la información se facilite en un soporte duradero, deberá ser legible —la información previa no tiene por qué ser suministrada en soporte duradero en todo caso, con lo cual cabría que se facilitara por teléfono—[12]. Como se puede comprobar, el soporte papel no está previsto como un medio preferente a la hora de suministrar la información precontractual[13]. Lo importante es que esta sea entregada por el comerciante de una manera eficiente, se suministre o no materialmente[14].

Si un contrato a distancia que se celebra por medios electrónicos obliga al consumidor a pagar, el comerciante deberá poner en conocimiento del consumidor de una manera clara y destacada, y justo antes de que el

[10] Sánchez Gómez, A. (2015). Artículo 98..., ob. cit., p. 1486; Díez García, H. (2014). Artículos 7 y 8..., ob. cit., p. 161.

[11] Ídem.

[12] Según el artículo 2.10 DDC, "soporte duradero" es "todo instrumento que permita al consumidor o al comerciante almacenar información que se le transmita personalmente de forma que en el futuro pueda recuperarla fácilmente durante un período de tiempo acorde con los fines de dicha información y que permita la reproducción de la información almacenada sin cambios". Se incluyen: el papel, las memorias USB, los CD-ROM, los DVD, las tarjetas de memoria o los discos duros de ordenador, los correos electrónicos y los mensajes SMS.

[13] Mendoza Losana, A. I. (2012). Los contratos a distancia..., ob. cit., p. 48.

[14] Sánchez Gómez, A. (2015). Artículo 98..., ob. cit., p. 1487; Díez García, H. (2014). Artículos 7 y 8..., ob. cit., p. 164.

consumidor efectúe el pedido, la información relativa a las características del bien, el precio total y la duración del contrato (art. 8.2 DDC). Obsérvese que se exige, en estos casos, que el comerciante "ponga en conocimiento" del consumidor la información, lo que da a entender que no bastará con que se la facilite o la ponga a su disposición —no resulta suficiente, por tanto, con que el comerciante incluya un enlace a una página virtual que el consumidor pueda visitar o permita la descarga de un archivo de texto, pues si no la visita o no lo descarga, no tendrá conocimiento de la información[15].

Además, el comerciante debe velar por que el consumidor en los casos de contratos celebrados por medios electrónicos, al efectuar el pedido, confirme expresamente que es consciente de que éste implica una obligación de pago. El consumidor debe conocer el momento a partir del cual asume la obligación de pagar. La rapidez con que se suelen realizar este tipo de operaciones casa mal con el interés del legislador en procurar que el consumidor se forme un consentimiento realmente reflexionado, amén de la evidente posibilidad de que personas poco expertas en este tipo de compras pulsen el botón equivocado. Así, antes de proceder al pago, deberá incluirse un botón donde expresamente se indique "finalizar pago" o algo por el estilo (p. ej., el sitio virtual de Amazon tras añadir los productos a la cesta de la compra, identificarte y seleccionar el medio de pago, aparece el botón "confirmar pedido"). Esta exigencia no se requerirá respecto de contratos que no conlleven una obligación de pago. La DDC señala expresamente cuál será la consecuencia si el comerciante no cumple con este requisito: el consumidor no quedará obligado por el contrato o pedido, pues no se habrá formado un auténtico consentimiento contractual.

Los sitios virtuales deberán indicar de modo claro y legible, a más tardar al inicio del procedimiento de compra, si se aplica alguna restricción de entrega y cuáles son las modalidades de pago aceptadas (art. 8.3 DDC). Obviamente, el consumidor debe saber si puede pagar con tarjeta o no —y, en su caso, con qué tipo de tarjeta—, o si puede solicitar que el pedido le llegue a tal o cual localidad, aunque esta sea

[15] Mendoza Losana, A. I. (2012). Los contratos a distancia..., ob. cit., p. 49; Vázquez-Pastor Jiménez, L. (2014). Los requisitos formales de los contratos a distancia tras la reforma del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios. *Revista Doctrinal Aranzadi* (7), base de datos Westlaw, BIB 2014/3652; Sánchez Gómez, A. (2015). Artículo 98..., ob. cit., p. 1492; Díez García, H. (2014). Artículos 7 y 8..., ob. cit., p. 201.

de difícil acceso. En los contratos a distancia celebrados a través de internet, el consumidor debe estar en condiciones de leer y comprender los elementos más importantes del contrato antes de realizar el pedido. A estos efectos, tales elementos tendrán que aparecer junto al lugar donde se solicite la confirmación para efectuar el pedido.

Cuando el contrato a distancia se celebra mediante una técnica de comunicación en la que el espacio o el tiempo para facilitar la información son limitados (p. ej., piénsese en la limitación del número de caracteres en mensajes de Twitter o SMS, o la limitación de tiempo en los anuncios emitidos por televisión), es imposible dar toda la información precontractual por estos medios. Esto no supone que el consumidor esté renunciando a su derecho a estar informado ni que el comerciante tenga una obligación de información más reducida. En estos casos, el artículo 8.4 DDC señala que el comerciante deberá informar a través de ese soporte específico, como mínimo, sobre las características principales de los bienes o servicios, la identidad del comerciante, el precio total, el derecho de desistimiento y la duración del contrato. El resto de informaciones a que antes se ha aludido deberá suministrarse de una manera apropiada, remitiendo al consumidor a otra fuente para ampliarlas (p. ej., facilitando un número de teléfono gratuito o un enlace a la página virtual del comerciante).

Si el comerciante llama por teléfono al consumidor para celebrar un contrato a distancia, deberá revelar, al inicio de la conversación, su identidad y, si procede, la identidad de la persona por cuenta de la cual efectúa la llamada, así como indicar el objetivo comercial de esta (art. 8.5 DDC). Se trata con ello de avisar al consumidor del fin de la llamada, para que pueda decidir si escucha o no lo que le propone el comerciante y que sea consciente en todo momento del tipo de comunicación que está atendiendo[16]. Cualquier falta de claridad deberá ser imputable al comerciante y deberá ser él quien tenga que asumir las consecuencias. El consumidor debe tener en todo momento la seguridad de que si acepta, se perfeccionará el contrato y quedará vinculado. Si la acepta sin saber que constituye una oferta contractual, estaremos ante un error obstativo, lo que significará que no hay contrato[17]. Por

[16] Vázquez-Pastor Jiménez, L. (2014). Los requisitos formales..., ob. cit.

[17] Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (1997). Artículo 39. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista.* Madrid: Tecnos, p. 684; Sánchez Gómez, A. (2015). Artículo 96. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Navarra: Aranzadi, p. 1448.

otro lado, la DDC no incluye, en cambio, medidas para proteger al consumidor frente al *spam* telefónico, esto es, llamadas telefónicas no deseadas con un fin comercial. El consumidor debería tener la posibilidad de oponerse a recibirlas, garantizándose el derecho a su tranquilidad.

Además, en estos casos de ventas por teléfono el comerciante tendrá que confirmar la oferta al consumidor, que únicamente quedará vinculado una vez haya firmado la oferta o enviado su acuerdo por escrito (art. 8.6 DDC). Se trata, en definitiva, de que el consumidor no tome decisiones precipitadas, asumiendo obligaciones sin haberlas pensado previamente. Por tanto, el consumidor no quedará vinculado por la aceptación que haya expresado por teléfono, sino por la aceptación expresa que remita al comerciante.

Sea cual fuere la técnica de comunicación utilizada, el comerciante deberá facilitar al consumidor la confirmación del contrato celebrado a distancia a través de un soporte duradero y en un plazo razonable después de la celebración de aquel (art. 8.7 DDC). Se trata de un requisito accesorio, en la medida en que su incumplimiento no daría la posibilidad al consumidor de resolver el contrato pero sí de exigir su cumplimiento, y de un requisito para la perfección del contrato[18]. En cualquier caso, la entrega de ese documento no puede ir más allá del momento de la entrega de los bienes o del inicio de la ejecución de servicio (p. ej., a más tardar en el momento en que recibo el pedido que efectué a través del sitio virtual de Amazon, debo tener su documento). En estos supuestos ya sí que se exige necesariamente el soporte duradero —una página virtual no constituye un soporte duradero, pues puede ser modificada por la persona que la publica[19], pero la grabación de la conversación telefónica en un CD sí lo es[20].

La DDC no ha previsto cuáles son las consecuencias en caso de que el comerciante incumpla algunos de estos requisitos formales. Deberían

[18] Sánchez Gómez, A. (2015). Artículo 98..., ob. cit., p. 1499; Díez García, H. (2014). Artículos 7 y 8..., ob. cit., pp. 216-217.

[19] Así lo ha entendido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia del 5 de julio del 2012, en el caso *Content Services* (asunto C-49/11). Además, señala que cuando un comerciante pone a disposición del consumidor determinada información con anterioridad a la celebración del contrato de una manera que no sea por escrito o en un soporte duradero y accesible para él, dicho comerciante estará obligado a confirmar la información pertinente por escrito o por otro soporte similar.

[20] Mendoza Losana, A. I. (2012). Los contratos a distancia..., ob. cit., p. 51.

preverse tanto consecuencias administrativas como civiles[21]. En cuanto a las primeras, debería considerarse esta omisión una infracción grave. Respecto a las civiles, debería permitirse que el consumidor pudiera anular el contrato, llegado el caso. Finalmente, todos estos requisitos deberán entenderse sin perjuicio de las disposiciones sobre los contratos celebrados por vía electrónica, establecidas en los artículos 9 y 11 DSSICE.

5. El derecho de desistimiento

En la medida en que en las ventas a distancia el consumidor no puede ver los bienes antes de celebrar el contrato, debe disponer de un derecho de desistimiento[22]. Por este mismo motivo, el consumidor debe poder probar e inspeccionar los bienes que ha comprado en la medida suficiente que le permita determinar su naturaleza, sus características y su buen funcionamiento. Además, el uso de técnicas de venta agresivas en estos casos puede reducir la libertad de decisión del consumidor para contratar, debido a la presión psicológica de que es objeto[23].

Salvo en ciertas excepciones, que se verán más adelante, el consumidor dispone de un plazo de catorce días para desistir de un contrato a distancia, sin necesidad de que tenga que indicar el motivo por el cual devuelve el bien y sin incurrir en coste alguno, en principio (art. 9.1 DDC)[24]. El momento a partir del cual empieza a computar ese plazo dependerá del tipo de contrato (art. 9.2 DDC): (a) si es un contrato de servicios, desde el día de la celebración; (b) si es un contrato de venta,

[21] Sánchez Gómez, A. (2015). Artículo 97. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Navarra: Aranzadi, pp. 1482-1483.

[22] El derecho de desistimiento es la facultad que se concede al consumidor para dejar sin efecto el contrato, a pesar de haber prestado su consentimiento de forma libre y sin necesidad de que el comerciante haya incumplido con sus obligaciones, siempre que se produzca dentro del plazo establecido y se notifique a éste.

[23] Díaz Alabart, S. y Álvarez Moreno, Mª T. (2014). Artículo 9. En S. Díaz Alabart (dir.), *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83*. Madrid: Reus, p. 246.

[24] Cuando un plazo expresado en días deba contarse a partir del momento en que ocurra un suceso o se realice un acto, el día en que se produzca dicho suceso o se realice ese acto no debe computarse en el plazo (Reglamento n.º 1182/71, del 3 de junio, por el que se determinan las normas aplicables a los plazos, fechas y términos). Esta misma norma señala que los plazos comprenderán los días feriados, los domingos y los sábados, salvo si éstos quedan expresamente excluidos o si los plazos se expresan en días hábiles.

desde el día en que el consumidor adquiera la posesión material del bien —se establece ese momento como *dies a quo* porque mientras el consumidor no tenga en sus manos el producto, no podrá examinarlo físicamente—[25]. Incluso cabría que el consumidor ejerciera este derecho de desistimiento antes de entrar en posesión material de los bienes, si resulta que se lo ha pensado mejor y ya no desea recibirlos.

El cómputo de este plazo puede plantear problemas cuando el consumidor encarga múltiples bienes o cuando los bienes se entregan en diferentes lotes o partes. En el primer caso, el plazo de desistimiento expirará a los catorce días de que el consumidor adquiera la posesión material del último bien —se sobreentiende que los distintos bienes deben haberse pedido en la misma fecha[26]—. Y en el segundo caso, el plazo expirará a los catorce días del día en que el consumidor adquiera la posesión material del último lote o de la última parte. Se añade un tercer supuesto en el artículo 9.2 DDC: el caso de contratos para la entrega periódica de bienes durante un plazo determinado (p. ej., una colección de películas o de CD). Aquí el *dies a quo* se fija en el día en que el consumidor o un tercero por él indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material del primero de los bienes.

Durante este período de desistimiento, las partes contratantes deben cumplir con sus obligaciones contractuales (art. 9.3 DDC). Es decir que el consumidor deberá pagar el precio del bien o servicio aunque, tras haberlo recibido, decida finalmente devolverlo. Y el comerciante deberá entregar el bien incluso aunque tenga la certeza de que el consumidor terminará ejercitando el derecho de desistimiento.

Si el comerciante no ha facilitado al consumidor la información precontractual sobre este derecho, se le impone una sanción importante. En estos casos, el período expirará doce meses después de la fecha de terminación del período de desistimiento inicial (art. 10.1 DDC). El consumidor tendría doce meses para pensar si devuelve o no el bien. Esos doce meses se empiezan a contar una vez acabe el período inicial de catorce días desde la entrega material del bien. No obstante, si dentro de esos doce meses el comerciante facilita la información sobre el derecho de desistimiento, el plazo acabará a los catorce días de la fecha en la que el consumidor reciba dicha información (art. 10.2 DDC).

[25] En Colombia, el plazo es de cinco días hábiles contados a partir de la entrega del bien o de la celebración del contrato en caso de la prestación de servicios (art. 47 del Estatuto del Consumidor).

[26] Díaz Alabart, S. y Álvarez Moreno, M.ª T. (2014). Artículo 9..., ob. cit., pp. 252-253.

Antes de que venzan esos plazos, el consumidor debe comunicar al comerciante su decisión de desistir del contrato (art. 11.1 DDC). Se entiende que el consumidor ejerce este derecho cuando haya enviado la comunicación relativa a su ejercicio antes de que acabe el plazo (art. 11.2 DDC). Lo importante es que la decisión se comunique al comerciante antes de que transcurra el plazo, aunque el envío del bien o su recepción por el comerciante se produzcan después, o aunque la recepción por el comerciante de la decisión de desistir se produzca pasado ese plazo. La manera en que el consumidor puede expresar esa declaración de voluntad es múltiple. El comerciante puede ofrecer al consumidor la opción de enviar electrónicamente el formulario de desistimiento del Anexo DDC o cualquier otra declaración inequívoca por medio del sitio virtual del comerciante, en cuyo caso éste debe comunicar sin demora al consumidor el acuse de recibo de dicho desistimiento (art. 11.3 DDC). La carga de la prueba del ejercicio del derecho recae, en este caso, sobre el consumidor (art. 11.4 DDC). Es éste quien tiene que demostrar que ejerció el derecho correctamente y dentro del plazo previsto.

El artículo 12 DDC establece los efectos del desistimiento. En realidad, no añade nada nuevo a la teoría general de los contratos, pues señala que su ejercicio extinguirá las obligaciones de las partes de: (1) ejecutar el contrato a distancia —en este caso, será necesario que el contrato se haya celebrado antes y se haya perfeccionado válidamente[27]—; (2) celebrar el contrato a distancia cuando el consumidor haya realizado una oferta. En el primer caso, y tratándose de contratos de venta de bienes, por lo general ocurrirá que el contrato ya se habrá empezado a ejecutar cuando el consumidor ejercita este derecho, lo cual no significa que no quepa la restitución de las prestaciones entre las partes, como se verá a continuación.

Una vez ejercitado este derecho, surge una serie de obligaciones tanto para el comerciante como para el consumidor. Si el comerciante o el consumidor no cumplen con las obligaciones derivadas del ejercicio del derecho de desistimiento, se aplicarán las sanciones previstas en la legislación nacional.

En el caso del comerciante, las obligaciones son las siguientes (art. 13 DDC): (1) deberá reembolsar todo pago recibido del consumidor,

[27] Díaz Alabart, S. y Álvarez Moreno, M.ª T. (2014). Artículo 12. En S. Díaz Alabart (dir.), *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83*. Madrid: Reus, p. 303.

incluyendo los costes de entrega[28], sin demoras indebidas y, en cualquier caso, antes de que hayan transcurrido catorce días desde la fecha en que haya sido informado de la decisión del desistimiento del contrato del consumidor —es decir que tiene que devolver lo pagado al consumidor, en todo caso, antes de que pasen catorce días[29] desde que recibió la decisión del consumidor de desistir—[30]; (2) en caso de que éste haya seleccionado expresamente una modalidad de entrega diferente de la modalidad menos costosa de entrega ordinaria, el comerciante no estará obligado a reembolsar los costes adicionales que de ello se deriven (p. ej., si el consumidor, para devolver el bien, elige la opción de "entrega urgente 24 horas", que suele ser más cara que la de envío ordinario, será él quien asuma la diferencia de precio); (3) el reembolso de esos gastos deberá realizarse en el mismo medio de pago empleado por el consumidor para la transacción inicial, salvo que el consumidor haya señalado lo contrario y siempre y cuando el consumidor no incurra en ningún gasto como consecuencia del reembolso (p. ej., si el consumidor pagó con tarjeta, la devolución se hará a la tarjeta que se utilizó, pero si éste desea que se le haga en efectivo, ello sólo será posible si no le supone ningún gasto adicional al comerciante)[31]; (4) salvo que el comerciante se haya ofrecido a recoger él mismo los bienes, en los casos de venta, el comerciante podrá retener el reembolso hasta haber recibido los bienes, o hasta que el consumidor haya presentado una prueba de la devolución de aquellos, según lo que se cumpla en primer lugar.

[28] La expresión "todo pago recibido del consumidor" incluye: (a) el precio o la parte del precio pagado, así como todos los gastos en que se haya incurrido para pagarlo (p. ej., comisiones por el pago con tarjeta); (b) los gastos que haya efectuado el consumidor (p. ej., gastos derivados de la entrega, costes de devolución, en su caso, los seguros que haya tenido que pagar el consumidor, los gastos de alta de un servicio o de instalación). *Vid*. Díaz Alabart, S. y Álvarez Moreno, Mª T. (2014). Artículo 13. En S. Díaz Alabart (dir.), *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83*. Madrid: Reus, pp. 314-316.

[29] El artículo 47 del Estatuto colombiano del Consumidor lo amplía a treinta días desde que el consumidor ejercitó el derecho de retracto.

[30] El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia del 15 de abril del 2010, en el caso *Heinrich Heine* (asunto C-511/08), señaló que el artículo 6.1 de la Directiva 97/7/CE debe interpretarse en el sentido de que prohíbe al proveedor, en un contrato a distancia, imputar los gastos de envío de los bienes al consumidor en caso de que éste ejerza su derecho de desistimiento.

[31] Por tanto, no cabe que el comerciante obligue al consumidor a aceptar el reembolso del dinero con bonos que pueda gastar en su establecimiento o tarjetas-regalo, a menos que ese haya sido el medio de pago o que los haya aceptado expresamente el consumidor.

Por su parte, para el consumidor también surgen obligaciones en caso de desistimiento (art. 14.1 DDC): (a) salvo si el comerciante se ofrece a recoger los bienes, el consumidor deberá devolverlos o entregarlos al comerciante, o a una persona autorizada por éste, sin ninguna demora indebida y, en cualquier caso, a más tardar en el plazo de catorce días desde la fecha en que comunique su decisión de desistimiento al comerciante —la remisión de los bienes es lo que debe producirse dentro de ese plazo, aunque el comerciante los reciba después—[32]; (b) el consumidor sólo soportará los costes directos de devolución de los bienes, salvo si el comerciante ha aceptado asumirlos o no le ha informado al consumidor de que le corresponde correr con esos costes (p. ej., si el consumidor, para llevar el bien a una oficina de correos, ha tenido que coger un autobús, el precio del billete correrá de su cuenta; o los gastos para embalar de nuevo el bien)[33]; (c) el consumidor sólo será responsable de la disminución de valor de los bienes resultante de una manipulación de los mismos distinta de la necesaria para establecer la naturaleza, las características o el funcionamiento de los bienes —ahora bien: no responderá de la disminución de valor si el comerciante no le ha informado de su derecho de desistimiento—[34]; (d) cuando se ejerza

[32] Cuando es el comerciante el que se ofrece a recoger los bienes, la DDC no establece el plazo que tiene para llevarla a cabo. En este caso habría que entender que tiene el mismo plazo que el consumidor para la devolución cuando es de su cuenta, esto es, catorce días naturales desde el momento en que comunica su decisión de desistir. *Vid*. Díaz Alabart, S. y Álvarez Moreno, Mª T. (2014). Artículo 14. En S. Díaz Alabart (dir.), *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83*. Madrid: Reus, p. 336.

[33] En Europa, los gastos de envío en caso de desistimiento correrán a cargo del comerciante. En cambio, en Colombia, el artículo 47 del Estatuto del Consumidor señala que los costes de transporte y los demás que conlleve la devolución del bien, en caso de ejercicio del derecho de retracto, serán cubiertos por el consumidor.

[34] Algunos consumidores ejercen su derecho de desistimiento después de haber utilizado los bienes más de lo que sería necesario para determinar su naturaleza, sus características o su funcionamiento. Pues bien, estos consumidores no pierden el derecho de desistimiento, pero serán responsables de cualquier depreciación que sufran los bienes como consecuencia de ese uso. Para determinar la naturaleza, las características y el funcionamiento de los bienes, el consumidor sólo debe realizar las mismas manipulaciones o inspecciones de los bienes que las que se permitirían en un establecimiento. Por ejemplo, el consumidor podría probarse la prensa que ha comprado por internet para saber si le queda bien o no, pero no podría ponérsela para salir con sus amigos y pretender después ejercitar el derecho de desistimiento y se le devuelva todo el dinero. Por consiguiente, durante el período de prueba el consumidor debe manipular e inspeccionar los bienes con el debido cuidado. Las obligaciones del consumidor en caso de desistimiento no deben desanimarle a ejercerlo.

el derecho de desistimiento respecto de un servicio, el consumidor abonará al comerciante un importe proporcional a la parte del servicio ya prestado en el momento en que el consumidor haya informado al comerciante del ejercicio de este derecho, en relación con el objeto total del contrato —el hecho de que estemos ante un contrato de servicios no significa que el consumidor no tenga un derecho de desistimiento, pero tendrá que pagar la parte del servicio que ya haya disfrutado—[35]; (e) salvo en el caso antes apuntado, el consumidor no incurrirá en ninguna responsabilidad como consecuencia del ejercicio del derecho de desistimiento.

Según el artículo 15 DDC, cuando se haya celebrado un contrato complementario para la celebración del contrato a distancia, el ejercicio del derecho de desistimiento respecto de este último producirá la resolución automática y sin gastos para el consumidor (p. ej., si el consumidor ha adquirido un teléfono móvil por internet y ha contratado un seguro adicional, si ejercita el derecho de desistimiento respecto del móvil, se producirá automáticamente la resolución del contrato de seguro, pues no tiene sentido la vigencia de un seguro respecto de un bien que ya no se posee)[36]. La ineficacia del contrato principal (el contrato de venta a distancia) se extiende también a los contratos complementarios —tanto si es uno como si son varios—. Se trata de una resolución automática, sin necesidad de que el consumidor tenga que reclamarla al comerciante correspondiente.

La DDC ha previsto, en su artículo 16, algunas excepciones al ejercicio del derecho de desistimiento. No en todos los contratos a

[35] Por un lado, el consumidor debe poder disfrutar del derecho de desistimiento aun cuando haya solicitado la prestación de los servicios antes de que finalice el período de desistimiento. Por otro lado, si el consumidor ejerce este derecho, el comerciante debe tener garantías de que se le va a pagar convenientemente el servicio que ya ha prestado. El cálculo del importe proporcionado debe basarse en el precio acordado en el contrato, a menos que el consumidor demuestre que el precio total es ya de por sí desproporcionado, en cuyo caso el importe a pagar se calculará sobre la base del valor de mercado del servicio prestado. El valor de mercado se debe establecer comparando el precio de un servicio equivalente prestado por otros comerciantes en el momento de la celebración del contrato. Del mismo modo, el comerciante debe informar al consumidor, utilizando un soporte duradero, de toda obligación de abonar la parte proporcional del coste de los servicios ya prestados.

[36] Conforme al artículo 2.15 DDC, un "contrato complementario" es "un contrato por el cual el consumidor adquiere bienes o servicios relacionados con un contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento y dichos bienes o servicios son proporcionados por el comerciante o un tercero sobre la base de un acuerdo entre dicho tercero y el comerciante".

distancia se va a poder ejercitar. Así, se excluyen: (1) los contratos de servicios una vez que éstos hayan sido completamente ejecutados con el previo consentimiento expreso del consumidor; (2) el suministro de bienes o servicios cuyo precio dependa de fluctuaciones del mercado financiero que el comerciante no pueda controlar (p. ej., el vino suministrado mucho tiempo después de la celebración de un contrato de naturaleza especulativa, donde el valor depende de las fluctuaciones del mercado); (3) el suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor o claramente personalizados (p. ej., unas cortinas o unos muebles hechos a medida); (4) el suministro de bienes que puedan deteriorarse o caducar con rapidez (bienes perecederos); (5) el suministro de bienes precintados que no sean aptos para ser devueltos por razones de protección de la salud o de higiene y que hayan sido desencintados tras la entrega (p. ej., la ropa interior); (6) el suministro de bienes que después de su entrega y teniendo en cuenta su naturaleza se hayan mezclado de forma indisociable con otros bienes (p. ej., el suministro de combustible, que se puede mezclar de manera inseparable una vez entregado); (7) el suministro de bebidas alcohólicas cuyo precio haya sido acordado en el momento de celebrar el contrato de venta y que no puedan ser entregadas antes de treinta días, y cuyo valor real dependa de fluctuaciones del mercado que el comerciante no pueda controlar; (8) los contratos en los que el consumidor haya solicitado específicamente al comerciante que le visite para efectuar operaciones de reparación o mantenimiento urgente; (9) el suministro de grabaciones sonoras o de vídeo precintadas o de programas informáticos precintados que hayan sido desencintados por el consumidor después de la entrega —se trata de proteger los derechos de propiedad intelectual que recaigan sobre estos bienes—; (10) el suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas o revistas, con la excepción de los contratos de suscripción para el suministro de tales publicaciones; (11) los contratos celebrados mediante subastas públicas; (12) el suministro de servicios de alojamiento para fines distintos del de servir de vivienda, transporte de bienes, alquiler de vehículos, comida o servicios relacionados con actividades de esparcimiento, si los contratos prevén una fecha o un período de ejecución específicos (p. ej., la reserva de un hotel o de una casa de vacaciones para una fecha determinada, o la reserva de una entrada para ver una película en el cine o un partido de fútbol un día concreto); (13) el suministro de contenido digital que no se preste en un soporte material cuando la ejecución haya comenzado con el previo consentimiento expreso del

consumidor y con el conocimiento por su parte de que, en consecuencia, pierde su derecho de desistimiento (p. ej., si contrato con iTunes el servicio de acceso a la música, servicio que se presta *online* sin un soporte físico, no podré ejercer el derecho de desistimiento respecto de las canciones ya descargadas). Cuando se esté ante alguno de estos contratos, el comerciante deberá informar al consumidor de que no le asiste el derecho de desistimiento. No obstante lo anterior, nada impide que el comerciante, si así lo desea, conceda este derecho al consumidor contractualmente en ciertos casos[37].

Finalmente, conviene señalar que el derecho de desistimiento es irrenunciable anticipadamente, pues el artículo 25 DDC establece la irrenunciabilidad de los derechos concedidos a los consumidores.

6. La entrega del bien y la transmisión de riesgos

Las principales dificultades que encuentran los consumidores y una de las constantes fuentes de litigios con los comerciantes tienen relación con la entrega de los bienes. En particular, con la pérdida o deterioro de los bienes durante el transporte o las entregas tardías o incompletas. Por tanto, la DDC trata de armonizar las normas nacionales sobre entrega y las normas sobre traspaso de los riesgos.

En relación con las primeras, salvo que las partes acuerden otra cosa, el comerciante deberá entregar el bien mediante la transmisión de su posesión material o control al consumidor sin ninguna demora indebida y en un plazo máximo de treinta días a partir de la celebración del contrato (art. 18.1 DDC). Por tanto, en primer lugar, rige el plazo que hayan pactado las partes. Pero si éstas no han señalado nada sobre el plazo de entrega, ésta deberá producirse sin dilaciones indebidas y, en cualquier caso, antes de que hayan pasado treinta días desde la celebración del contrato. Éste se entenderá celebrado desde el momento en que el comerciante recibe la aceptación de la oferta por parte del consumidor. "Sin demora indebida" significa que el comerciante tiene un margen de tiempo donde la demora está justificada, por lo que si no hay una causa justificada, el vendedor tendrá que entregar sin demora[38].

[37] Díaz Alabart, S. y Álvarez Moreno, M.ª T. (2014). Artículo 16. En S. Díaz Alabart (dir.), *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83*. Madrid: Reus, p. 412.

[38] Carrasco Perera, A. (2014). Comentarios a la Ley 3/2014, de reforma de la LGDCU. Entrega de los bienes vendidos, resolución y traslado de los riesgos en la compraventa al consumo. *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (9), p. 41.

Por otro lado, se entiende cumplida la entrega cuando se pone materialmente a disposición del consumidor o bajo su control. Por tanto, hay entrega no sólo cuando se pone el bien en sus manos, sino también cuando puede pasarse a una oficina de correos a recogerlo[39]. ¿Cuándo tiene el consumidor dicho control? Cuando tenga acceso a ellos como propietario o posea con capacidad para revenderlos (p. ej., cuando está en posesión de los documentos de propiedad).

Ahora bien: si el comerciante no cumple con su obligación de entrega de los bienes en el plazo acordado con el consumidor o en el plazo señalado antes, éste deberá concederle un plazo adicional de entrega adecuado a las circunstancias (art. 18.2 DDC). Si el comerciante no entrega en dos plazos señalados en el párrafo anterior, el consumidor está obligado a concederle un nuevo plazo, que no será el que él quiera, sino que deberá ajustarse a las circunstancias concretas del caso (p. ej., habrá que tener en cuenta que hay ciertos bienes que deben fabricarse o adquirirse especialmente para el consumidor, que requerirán de un plazo más amplio de lo normal). Aunque sea adecuado, no podría superar los treinta días[40]. La razón por la cual el legislador obliga a conceder un nuevo plazo para el cumplimiento de la obligación de entregar puede estar en el principio de conservación de los contratos y en el objetivo perseguido por la directiva de favorecer y promover el intercambio de bienes[41].

En estos casos, sólo si el comerciante no hace entrega de los bienes en este plazo adicional, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato. No obstante, la concesión de este plazo adicional no se aplicará: (a) cuando el comerciante haya rechazado entregar los bienes —en este caso, no tiene sentido conceder más plazos, puesto que ya se sabe que el comerciante no cumplirá con su obligación—; (b) cuando el plazo de entrega sea esencial a la vista de todas las circunstancias que concurran en su celebración (p. ej., la entrega del vestido de novia, que deberá producirse, obviamente, antes de la boda)[42]; (c) cuando el consumidor informe al comerciante, antes de la celebración del contrato, de que

[39] Ibídem, p. 41.

[40] Ibidem, p. 42.

[41] Fuenteseca Degeneffe, C. (2014). Artículo 18. En S. Díaz Alabart (dir.), *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83*. Madrid: Reus, p. 445.

[42] En este caso, no es necesario que se incluya en el contrato una declaración expresa de que el plazo es esencial, pues esto debe derivarse de las circunstancias concretas de aquel. *Vid*. Carrasco Perera, A. (2014). Comentarios a la Ley 3/2014..., ob. cit., p. 43.

es esencial la entrega antes de una fecha determinada o en una fecha determinada. En todos estos casos, si el comerciante no cumple su obligación de entrega en el plazo acordado con el consumidor, o en el plazo máximo de treinta días desde la celebración del contrato, podrá éste resolver el contrato inmediatamente (art. 18.2 DDC).

Tampoco la DDC ha previsto qué ocurre si resulta que el bien o servicio contratado ya no está disponible. En este caso no tendría sentido conceder al comerciante un plazo adicional de entrega, sino que debería darse al consumidor la posibilidad de recuperar las cantidades abonadas o que el comerciante le ofreciera un bien de características similares sin aumento de precio.

Una vez resuelto el contrato, el comerciante deberá reembolsar sin ninguna demora indebida todas las cantidades abonadas en virtud de aquel (art. 18.3 DDC). Nótese que aquí el legislador europeo no ha previsto el plazo de que dispone el comerciante para devolver esas cantidades, por lo cual habría que aplicar en este punto la legislación nacional en materia de resolución de contratos[43]. Las cantidades abonadas son todas aquellas que el consumidor haya pagado al vendedor por cualquier concepto, sin incluir aquellos costes que el consumidor haya desembolsado a terceros —como transporte o instalación— o los costes de reparación[44]. La DDC no establece las consecuencias en caso de que el comerciante incurriera en retraso injustificado en la devolución de estas cantidades. Si esto sucediera, el consumidor deberá tener la posibilidad de solicitar una indemnización por daños e incluso se le debería imponer algún tipo de sanción al comerciante (p. ej., devolver las cantidades por duplicado). Conforme al artículo 18.4 DDC, la resolución no es la única solución a la que se puede acoger el consumidor, sino que puede acudir a otros remedios que se hayan previsto en la legislación de su país (p. ej., conceder al comerciante un nuevo plazo para la entrega, imponer el cumplimiento del contrato si todavía está interesado en ese bien o servicio, o solicitar una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la demora).

Por otro lado, nos encontramos con las reglas relativas al traspaso de los riesgos de pérdida o deterioro[45]. En los contratos en los que el

[43] Fuenteseca Degeneffe, C. (2014). Artículo 18..., ob. cit., p. 459.

[44] Carrasco Perera, A. (2014). Comentarios a la Ley 3/2014..., ob. cit., p. 43.

[45] "Riesgo" es toda contingencia que pueda sufrir el bien, en cuanto a su pérdida o destrucción, que ocurra por caso fortuito entre el momento de la perfección del contrato y antes de la entrega material al consumidor.

comerciante envíe los bienes al consumidor, el riesgo de pérdida o deterioro de estos se transmitirá al consumidor cuando él o un tercero por él indicado, distinto del transportista, haya adquirido la posesión material de los bienes (art. 20 DDC). Por tanto, y en principio, el comerciante será responsable de los desperfectos o de la pérdida de los bienes durante el transporte y hasta que el consumidor u otra persona autorizada por él adquieran la posesión material —esto supone una sanción importante, pues si se produce la contingencia, el vendedor se queda sin el bien y sin el precio—. El consumidor está protegido de todo riesgo que se produzca antes de ese momento. La DDC ofrece al consumidor la posibilidad de que un tercero adquiera en su nombre la posesión material o el control de los bienes.

No obstante, los riesgos de pérdida o deterioro pasan del comerciante al consumidor en el momento en que se entregan los bienes al transportista en dos casos: (1) si es el consumidor el que encarga el transporte; (2) si el transportista que ha elegido el consumidor no está en la lista propuesta por el comerciante. Todo ello sin perjuicio de los derechos del consumidor con respecto al transportista. Esta norma no se aplica a los contratos en los que el consumidor no pueda elegir entre recoger él mismo los bienes o pedir a un transportista que lo haga. Si el consumidor se ve obligado a contratar el transporte dado el tamaño del bien (p. ej., porque son bienes tan grandes que no le caben en el maletero de su coche), no debería aplicarse la traslación de riesgos al consumidor desde la entrega al transportista[46].

Todas estas disposiciones sobre la entrega y la transmisión del riesgo no se aplican a los contratos para el suministro de agua, gas o electricidad —cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas—, de calefacción mediante sistemas urbanos o el suministro de contenido digital que no se proporcione en un soporte material (art. 17.1 DDC).

7. Otros derechos de los consumidores

La DDC establece derechos adicionales para los consumidores. En primer lugar, los comerciantes no pueden cargar a los consumidores, por el uso de determinados medios de pago, tasas que superen el coste asumido por aquellos por el uso de tales medios (art. 19 DDC). No es que se prohíba cobrar comisiones a los consumidores, sino que se trata

[46] Carrasco Perera, A. (2014). Comentarios a la Ley 3/2014..., ob. cit., p. 47.

de impedir que los comerciantes se aprovechen de esta circunstancia para "hacer negocio". La razón de esta norma eran las grandes tasas que cobraban los comerciantes a los consumidores por el pago con tarjetas de crédito en los contratos de venta por internet, sobre todo a la hora de adquirir billetes de avión. Pues bien, a partir de esta directiva no se podrá cobrar al consumidor por este concepto más de lo que el banco cobre al comerciante por usar esos medios de pago.

En segundo lugar, en los supuestos en los que el comerciante opere con una línea telefónica a efectos de comunicarse con el consumidor en relación con el contrato celebrado, el consumidor, cuando se comunique con él, no estará obligado a pagar más de la tarifa básica (art. 21.I DDC). Se prohíbe, por tanto, que el comerciante establezca números de tarificación especial para que los consumidores contacten con él —muchas empresas habían empezado a utilizarlos, sobre todo para evitar que los consumidores "molestaran" con preguntas nimias—. Esto se entenderá sin perjuicio del derecho de los proveedores de servicios de telecomunicaciones de cobrar por este tipo de llamadas. No obstante, la DDC no ha precisado si se trata de la tarifa básica de una llamada nacional o internacional[47]. Indirectamente, el artículo 21 DDC está impidiendo también que a la hora de celebrar el contrato a distancia con el comerciante se utilicen líneas de tarificación adicional[48].

En tercer lugar, antes de que el consumidor quede vinculado por un contrato u oferta, el comerciante deberá buscar el consentimiento expreso de aquél para todo pago adicional a la remuneración acordada para la obligación contractual principal del comerciante (art. 22 DDC). Si el consumidor tuviera que abonar algún pago extra, deberá el comerciante notificárselo y que el consumidor lo consienta expresamente. Además, si el comerciante no ha obtenido ese consentimiento expreso, pero lo ha deducido utilizando opciones por defecto que el consumidor debe rechazar para evitar el pago adicional, el consumidor tendrá derecho al reembolso de dicho pago. El ejemplo típico es el de las compañías de vuelo. En muchas ocasiones, cuando uno compraba un billete de avión aparecían servicios adicionales cuya elección ya estaba previamente

[47] Mendoza Losana, A. I. (2012). Información precontractual en la Directiva 2011/83/UE: novedades, exigencias y carencias. *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (1), p. 26.

[48] Twigg-Flesner, C. (2012). La Directiva sobre derechos de los consumidores en el contexto del derecho de consumo de la Unión Europea. En S. Cámara Lapuente (dir.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores.* Madrid: Civitas, p. 102.

marcada por el comerciante (elección de asiento, seguro de equipaje o seguro de cancelación, entre otros), de tal manera que si el consumidor no las desmarcaba, corría el riesgo de no darse cuenta y tener que pagarlas finalmente. Con la directiva en la mano, esas casillas deben aparecer en blanco, desmarcadas, y que sea el consumidor el que decida si quiere o no contratar esas prestaciones adicionales.

En cuarto lugar, se exime al consumidor de toda obligación de entregar contraprestación alguna en caso de suministro no solicitado de bienes o de prestación de servicios no solicitada (art. 27 DDC). Esta previsión tiene que ver con aquellos casos en que el consumidor recibía en casa productos que no había solicitado, con el apercibimiento del comerciante de que, si no los devolvía en tal o cual plazo, debía pagarlos. El legislador comunitario ha considerado esta práctica abusiva y ha tratado de regularla imponiendo esta sanción al comerciante. Si envía bienes al consumidor que no los ha solicitado, éste no tendrá la obligación de pagarlos. Y, además, en estos casos la falta de respuesta del consumidor a dicho suministro o prestación no solicitada no se considerará consentimiento. Es decir que el consumidor no está obligado ni siquiera a devolver. Podría quedarse con los bienes sin tener que pagar nada y sin tener ni siquiera que ponerse en contacto con el comerciante para devolverlos.

Finalmente, hay que indicar que todas estas normas sobre derechos adicionales para los consumidores se aplican a los contratos de venta o de servicios y a los contratos de suministro de agua, gas, electricidad, calefacción mediante sistemas urbanos y contenido digital (art. 17.2 DDC).

Conclusiones

Primera. Las ventas a distancia constituyen un pilar importante en el mercado interior europeo. De ahí que el legislador haya querido armonizar las normas que regulan este tipo de contratos y eliminar las diferencias entre los estados miembros. Con este fin se aprobó la Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores. Esta norma viene a establecer un régimen unitario de los contratos a distancia en lo que tiene que ver con la información precontractual, los requisitos formales, el derecho de desistimiento, el régimen de entrega y la transmisión de riesgos. Además, también se prevén derechos adicionales para los consumidores, lo que viene a remarcar el carácter tuitivo de la normativa sobre Derecho de consumo.

Segunda. Antes de que el consumidor quede vinculado por el contrato a distancia, el comerciante debe facilitarle toda una serie de información de manera clara y comprensible. Es fundamental que el consumidor entienda todos los ítems informativos a que alude el artículo 6.1 DDC, para que así pueda formarse un consentimiento plenamente válido y consciente. Esa información formará parte integrante del contrato y no podrá alterarse salvo que las partes expresamente convengan lo contrario, si bien no podrá imponerse una obligación de información al comerciante más reducida que la prevista en la directiva.

Tercera. El artículo 8 DDC establece los requisitos de forma que deben cumplirse a la hora de otorgar la información precontractual. Deberá ponerse a disposición del consumidor de una manera acorde con la técnica de comunicación utilizada por el comerciante. Además, éste deberá entregarle la confirmación del contrato celebrado en un soporte duradero. Por otro lado, se incluyen ciertas especialidades según sea que estemos ante contratos celebrados por teléfono o por internet. En el primer caso, cabe destacar: (a) al inicio de la llamada deberá indicarse que se trata de una comunicación comercial y el comerciante deberá identificarse; (b) el consumidor no queda vinculado por el consentimiento expresado por teléfono, sino una vez haya firmado la oferta por escrito y se la haya devuelto al comerciante. En los contratos por internet: (1) se ha de avisar expresamente al consumidor, a la hora de efectuar un pedido, si supone o una obligación de pago; (2) se debe informar al inicio del proceso de compra si se aplica algún tipo de restricción de entrega y cuáles son las modalidades de pago aceptadas.

Cuarta. En los contratos a distancia, el derecho de desistimiento se convierte en fundamental, pues el consumidor, que no ha tenido ocasión en ningún momento de ver y tocar el bien, debe tener la posibilidad de devolverlo sin necesidad de alegar ningún motivo y sin incurrir en ningún coste. El artículo 9.º DDC prevé un plazo de catorce días para ejercitar este derecho, que se empezarán a contar de distinta manera según sea que estemos ante un contrato de venta o ante un contrato de servicios. Si el comerciante no ha informado al consumidor sobre el derecho de desistimiento, el plazo aumenta a doce meses (art. 10 DDC). El consumidor deberá comunicar al comerciante en ese plazo su deseo de ejercitar este derecho, y tiene, en principio, libertad de forma para hacerlo (art. 11 DDC). Siendo así, se extinguirá las obligaciones de las partes (art. 12 DDC). El consumidor deberá devolver el bien al comerciante (art. 14 DDC) y éste deberá reembolsar a aquél las cantidades que haya recibido (art. 13 DDC). No obstante, el artículo 16 DDC

incluye una lista de contratos en los que no se aplicará el derecho de desistimiento.

Quinta. Según el artículo 18 DDC, salvo que las partes del contrato prevean otra cosa, la entrega del bien deberá producirse sin demoras indebidas y, en todo caso, en un plazo máximo de treinta días desde la celebración del contrato —la entrega implica la transmisión de la posesión material del producto—. Si no se cumple este plazo, el consumidor deberá otorgarle un plazo adicional de entrega. No será necesario conceder este plazo adicional cuando el comerciante haya rechazado entregar el bien o cuando la fecha de entrega sea esencial para el consumidor. Pasados todos estos plazos, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato, en cuyo caso el comerciante deberá reembolsarle las cantidades que ya haya abonado.

Sexta. El comerciante correrá con los riesgos de pérdida o deterioro del bien hasta que éste haya sido entregado al consumidor o a un tercero por él indicado (art. 20 DDC). Pero si el consumidor encarga al transportista el transporte o el transportista elegido no está entre los ofrecidos por el comerciante, el consumidor asumirá los riesgos desde que el comerciante entrega los bienes al transportista.

Séptima. La DDC incluye otros derechos para los consumidores: (a) prohibición al comerciante de cargar a los consumidores, por el uso de ciertos medios de pago, cantidades que superen el coste asumido por éste por el uso de tales medios (art. 19 DDC); (b) si el comerciante opera a través de una línea telefónica, no se puede obligar al consumidor a pagar más de la tarifa básica (art. 21 DDC); (c) el consumidor debe consentir expresamente, antes de quedar vinculado por el contrato, todo pago adicional a la remuneración acordada (art. 22 DDC); (d) la prohibición de cobrar al consumidor por el suministro no solicitado de bienes (art. 27 DDC).

BIBLIOGRAFÍA

Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (1997). Artículo 39. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista.* Madrid: Tecnos.

Carrasco Perera, A. (2014). Comentarios a la Ley 3/2014, de reforma de la LGDCU. Entrega de los bienes vendidos, resolución y traslado de los riesgos en la compraventa al consumo. *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (9).

Costal Rodal, L. (2014). Novedades en materia de contratos con consumidores celebrados a distancia y fuera del establecimiento tras la Ley 3/2014, del 27 de marzo, de reforma del TRLCU/2007. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* (3), base de datos Westlaw, BIB 2014/1534.

Costas Rodal, L. (2013). El derecho de desistimiento en los contratos a distancia y en los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil en la proyectada reforma de la Ley de consumidores y usuarios. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* (8), base de datos Westlaw, BIB 2013/2397.

Díaz Alabart, S. y Álvarez Moreno, Mª T. (2014). Artículo 9. En S. Díaz Alabart (dir.), *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83*. Madrid: Reus.

Díaz Alabart, S. y Álvarez Moreno, Mª T. (2014). Artículo 12. En S. Díaz Alabart (dir.), *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83*. Madrid: Reus.

Díaz Alabart, S. y Álvarez Moreno, Mª T. (2014). Artículo 13. En S. Díaz Alabart (dir.), *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83*. Madrid: Reus.

Díaz Alabart, S. y Álvarez Moreno, Mª T. (2014). Artículo 14. En S. Díaz Alabart (dir.), *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83*. Madrid: Reus.

Díaz Alabart, S. y Álvarez Moreno, Mª T. (2014). Artículo 16. En S. Díaz Alabart (dir.), *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83*. Madrid: Reus.

Díez García, H. (2014). Artículos 7.º y 8.º. En S. Díaz Alabart (dir.), *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83*. Madrid: Reus.

Fuenteseca Degeneffe, C. (2014). Artículo 18. En S. Díaz Alabart (dir.), *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83*. Madrid: Reus.

Mendoza Losana, A. I. (2012). Información precontractual en la Directiva 2011/83/UE: novedades, exigencias y carencias. *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (1).

Mendoza Losana, A. I. (2012). Los contratos a distancia y celebrados fuera de establecimiento mercantil tras la Directiva 2011/83/UE. Relación con la Directiva de comercio electrónico y la Directiva de servicios. *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (1).

Represa Polo, M. P. (2014). Artículos 5.º y 6.º. En S. Díaz Alabart (dir.), *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83*. Madrid: Reus.

Rubio Torrano, E. (2012). Nueva Directiva sobre los derechos de los consumidores. *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* (9).

Sánchez Gómez, A. (2015). Artículo 96. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Navarra: Aranzadi.

Sánchez Gómez, A. (2015). Artículo 97. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Navarra: Aranzadi.

Sánchez Gómez, A. (2015). Artículo 98. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Navarra: Aranzadi.

Twigg-Flesner, C. (2012). La Directiva sobre derechos de los consumidores en el contexto del derecho de consumo de la Unión Europea. En S. Cámara Lapuente (dir.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores.* Madrid: Civitas.

Vázquez-Pastor Jiménez, L. (2014). Los requisitos formales de los contratos a distancia tras la reforma del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios. *Revista Doctrinal Aranzadi* (7), base de datos Westlaw, BIB 2014/3652.

Capítulo X

Derecho de retracto: ambivalencia de competencias*

María Lorena Flórez Rojas**

Introducción

La sociedad de consumo moderna se caracteriza por los constantes avances en tecnología que ponen de presente diferentes retos a consumidores y empresarios, así como la creación y adaptación de la legislación para los nuevos escenarios comerciales. Esta interacción triangular entre consumidores, empresarios y el Estado tiene como objetivos principales (1) suministrar información previa, clara, suficiente y completa para que el consumidor tome una decisión debidamente informada; (2) obligar al empresario a proveer bienes y servicios de calidad junto con la respectiva garantía; (3) proteger la información que el consumidor suministra con ocasión de una relación de consumo y (4) ordenar la adopción de medidas de seguridad respecto de los medios de pago (Remolina Angarita y Flórez Rojas, 2013, p. 361). Estos objetivos buscan proteger de forma eficaz al consumidor, como último eslabón de la cadena de producción, así como fomentar el comercio de bienes y servicios con miras a generar crecimiento económico.

Colombia adoptó la Ley 1480 del 2011 (1480/11), por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor, que constituye un avance legislativo en relación con la protección al consumidor, y en específico, incorpora temas no previstos explícitamente en el Decreto 3466 de 1982, como lo es la protección del consumidor en el comercio electrónico. Esta especial protección surge como respuesta al desequilibrio

* Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2017.169.

** Abogada egresada de la Universidad de los Andes con maestría en Derecho y Tecnología de la Universidad de Tilburgo (Holanda). Doctoranda en Derecho de la Scuola Superiore Sant'Anna de Pisa (Italia). Miembro del Grupo de Estudios en Comercio Electrónico, Telecomunicaciones e Informática (GECTI) de la Universidad de los Andes. Correo electrónico: ml.florez66@uniandes.edu.co.

entre el consumidor y el proveedor o productor dentro de una relación de consumo caracterizada por la ubicuidad del medio en el que se desarrolla (Remolina Angarita y Flórez Rojas, 2013, p. 365).

Desde la expedición del Estatuto del Consumidor hasta el 2014, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) ha abierto 3.901 investigaciones y ha impuesto 2020 sanciones (Superintendencia de Industria y Comercio, 2015c). Empresas como Alpina (SIC, Resolución 93967 del 2013), Genoma Labs. (SIC, Resolución 34.440 del 2014), Farmasanitas (SIC, Resolución 12456 del 2015), Air France (SIC, sentencia judicial n.º 1099 del 25 de octubre del 2013), Despegar.com (SIC, Resolución 524 del 2014), Megavacaciones (SIC, Resolución 19451 del 2014), Avianca S. A. (SIC, sentencia de única instancia n.º 678 del 28 de julio del 2014), entre otras, han sido sancionadas por desconocer los derechos de los consumidores en relación con publicidad engañosa e incumplimiento contractual, entre otras infracciones. Estas malas prácticas comerciales llevan a vulneraciones sistemáticas de los derechos de los consumidores pues no afectan a un individuo en particular, sino, en general, a todo el grupo de consumidores.

Este artículo tiene como propósito presentar la situación que en materia de derechos de los pasajeros/consumidores en el transporte aéreo se tiene actualmente en Colombia, concretamente el llamado "derecho de retracto", que le otorga al consumidor la facultad de desistir de la celebración del contrato. Se presenta entonces el conflicto de competencia que surge entre la Superintendencia de Industria y Comercio y la Aeronáutica Civil en lo concerniente a la facultad que tiene el pasajero/consumidor cuando ha adquirido un tiquete aéreo y desea retractarse de su compra. En efecto, las normas de derecho privado contenidas en el Código de Comercio y en las normas aeronáuticas chocan con las normas de derecho público consagradas en el Estatuto del Consumidor. Previamente se presenta una breve reflexión sobre la evolución de los principios pilares del Estatuto del Consumidor, y en específico, la especial protección en este tipo de ventas. Finalmente se presenta una comparación y crítica entre las figuras del desistimiento, el retracto especial[1] y el retracto, las cuales el consumidor podrá ejercer

[1] Para efectos del presente trabajo se denominará "retracto especial" a la facultad otorgada por la Aeronáutica Civil en el RAC n.º 3.10.1.8.2, diferente del derecho de retracto de la L.1480/11.

cumplidos determinados requisitos, teniendo en cuenta los principios de favorabilidad e igualdad, que gozan de un carácter constitucional.

1. Evolución del derecho de consumo

Dentro de un contrato bilateral prima un ambiente de negociación y disertación sobre cada elemento del contrato, en donde una de las partes envía una oferta a la otra, para que ésta la modifique, la acepte o la rechace. Por su parte, en las relaciones de consumo el campo de negociación es casi nulo, la oferta generalmente se encuentra incluida dentro de la publicidad rodeada de elementos subjetivos, que eliminan en cierto grado la capacidad de discernir del consumidor (Burgos Puyo, 2007, p. 67). Se puede decir, entonces, que las relaciones de consumo se basan en una negociación de confianza, pues la discusión sobre los elementos del contrato resulta ser prácticamente inexistente (Lorenzetti, 2009, p. 570; Tambussi, 2015, p. 225).

Históricamente, dentro de una relación de consumo se ha catalogado al consumidor como la parte más vulnerable, por lo cual de una protección especial del Estado (Perilla Granados, 2015, pp. 1-22). Este concepto se sustenta en el principio jurídico de *favor debilis*, que se enfoca en proteger a la parte débil dentro de una relación (Ruscono, 2013, p. 780). El derecho de consumo se refiere, entonces, al conjunto de reglas aplicables a las relaciones entre profesionales y consumidores, el cual busca reparar las deformaciones que el medio comercial y económico hace sufrir a la libertad contractual, así como evitar las prácticas lesivas para finalmente convertir al consumidor en parte activa de la relación (Calais-Auloy y Temple, 2015, p. 744; Tambussi, 2015, p. 246).

Es así como en 1973 la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa emite la Resolución 543, con la cual se aprobaría el texto definitivo de la Carta Europea de Protección de los Consumidores (Asamblea Parlamentaria, 1973). En este documento quedaron plasmados los derechos de protección y asistencia al consumidor, reparación del daño causado, información y educación, así como el derecho a organizarse en asociaciones. Estas directrices serían la base para los ordenamientos de los miembros de la Comunidad Económica Europea, y es así como en mayo de 1981 se aprueban las directrices para una política de protección e información a los consumidores (Consejo Europeo, 1981).

Por otra parte, como resultado de las gestiones que realizó la Organización Internacional de Uniones de Consumidores, el 9 de abril de

1985 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó las directrices para la protección al consumidor (ONU, 1985). Estas directrices reconocen la especial situación de los consumidores en relación con los empresarios, resaltando que entre ellos existe un desequilibrio en la capacidad económica, el nivel de educación y el poder de negociación (ONU, 1985, p. 13). Serían estas directrices las que llevarían a considerar los derechos del consumidor desde un ámbito universal para la estructuración y el fortalecimiento de los ordenamientos internos.

Este derecho vincula a todos los ciudadanos como consumidores y su protección será entonces de interés general para cualquier estado. Así mismo, la relación de consumo se extiende más allá de la relación privada entre dos actores ajustándose dentro de las relaciones entre el Estado y los diversos actores del mercado, en la medida en que tengan injerencia en los intereses de la colectividad (Corte Suprema de Justicia, 2005). Por lo tanto, este derecho es considerado el vehículo social de protección general, que vincula los derechos elementales de la persona humana, catalogándose entonces dentro de los derechos económicos, sociales y culturales (Betancur Cuartas, Zuluaga Giraldo, Ibáñez Najar y Ghersi, 1998, pp. 3-47; Tambussi, 2015, p. 222).

A) *Derecho de consumo en Colombia*

La regulación dirigida a salvaguardar los derechos de los consumidores pretende equiparar las partes de una relación de consumo debido a las peculiaridades inherentes al mercado y al consumo (Corte Constitucional, 2009, par. 6; Galanter, 1974, pp. 120-125). La relación asimétrica entre consumidor y proveedor o distribuidor ha sido analizada por la Corte Constitucional, en varias oportunidades, estableciendo que desde la Constitución Política se 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, cuando el consumidor acude al mercado en pos de la satisfacción de sus necesidades humanas (Corte Constitucional, 2000).

La Corte expuso que esta relación desigual se debe, en primer lugar, al avance de la ciencia y la tecnología, pues dada la especialización de los procesos productivos surge una asimetría de información entre los sujetos que concurren al mercado (Corte Constitucional, 2009). En efecto, los consumidores suelen carecer de conocimiento y experticia

suficientes para discernir acerca de los aspectos técnicos de los bienes y servicios que están en el mercado y por lo tanto primará una negociación de confianza (Corte Constitucional, 2002). En segundo lugar, en esta relación asimétrica se advierte la magnitud empresarial de los fabricantes y comercializadores, pues son ellos quienes cuentan con determinada infraestructura administrativa y recursos económicos que crean ventajas frente al manejo de resolución de conflictos, asesorías profesionales, entre otras (Corte Constitucional, 2002, 2009).

Por otro lado, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el derecho colectivo de los consumidores otorgándole un estatus de derecho poliédrico (Corte Constitucional, 2000). Según la Corte, este derecho incorpora pretensiones, intereses y situaciones de orden sustancial, procesal y participativo. A su vez, analiza la calidad de bienes y servicios y asegura la exigibilidad judicial de las garantías, la indemnización de perjuicios y las diferentes acciones en contra de productores y proveedores para lograr una íntegra protección (Corte Constitucional, 2000, 2009).

La Ley 73 de 1981 y sus decretos reglamentarios 3466 y 1441, ambos de 1982, se consolidaron como el eje para la protección al consumidor durante aproximadamente treinta años en Colombia. Sin embargo, no es sino con la promulgación de la Constitución Política de 1991 cuando se les otorga el carácter de derecho colectivo a los derechos de los consumidores. Al finalizar el proceso en la Constituyente se instauran los artículos 13 y 78, que serán la base para la protección constitucional de los derechos de los consumidores.

El artículo 13 establece que el Estado deberá promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, y adoptar las medidas necesarias para proteger los grupos discriminados o marginados, dentro de los cuales se encuentran los consumidores (Corte Suprema de Justicia, 2009; Perry, Serpa y Verano, 1991, p. 55). En el artículo 78 se establece que será la ley la que regule el control de calidad de bienes ofrecidos y presentados a la comunidad, de manera que serán responsables quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, pp. 21-25; Corte Constitucional, 2014). Así, resulta lamentable que la Carta Política no haya definido los parámetros necesarios para una debida protección al consumidor, lo cual dio como

resultado que estos lineamientos fueran desarrollados a través de la jurisprudencia[2], decretos reglamentarios[3] y en esencia los contratos.

Además, en la Circular Única, título II, la SIC compila la regulación sobre protección al consumidor y en ella se establecen las características técnicas y detalladas sobre aspectos como la calidad e idoneidad de bienes y servicios, la información, la publicidad, la adquisición de bienes por medios de financiación entre otros. A través de esta circular la SIC pretende modular conceptos sobre temas relacionados con el consumidor y crear un marco de aplicación que les servirá de guía tanto a los consumidores como a proveedores y productores (Superintendencia de Industria y Comercio, 2001).

A pesar de la necesidad imperiosa de regular la materia en Colombia y de estar acorde con los avances tecnológicos e internacionales, el país no obtuvo una nueva regulación, lo cual produjo que el mercado y las nuevas tecnologías se desarrollaran ágilmente en Colombia sin protección adecuada al consumidor. Algunas propuestas legislativas sobre la materia surgieron en el país, pero nunca se consolidaron como leyes por tránsito de legislatura. No obstante los dos proyectos debatidos en el Congreso muestran un avance frente al contenido del Decreto 3466 de 1982 (Decreto 3466/82), es lamentable que ninguno de los dos proyectos de ley contenía obligaciones o deberes frente a los contratos celebrados a través de medios electrónicos y dejaba a discreción del proveedor o distribuidor el manejo de dichos contratos (Cámara de Representantes, 2000; Senado de la República, 2008) (véase el anexo).

Finalmente, se expide la Ley 1480 del 2011, que introduce el Estatuto del Consumidor, actualizando la regulación en esta materia frente a los

[2] La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre temas como la propaganda comercial, la información y la publicidad engañosa, señalando que la ofertas, propagandas y promociones se incorporan al contrato y obligan a la empresa en su integridad, estableciendo que el productor y el proveedor son responsables por la información distribuida en el mercado (Corte Constitucional, sentencia T-118 del 2000, sentencia T-747 del 2002 y sentencia T-145 del 2004). La Corte Constitucional ha afirmado asimismo que los productores y comercializadores de bienes y servicios son responsables de la calidad e idoneidad de sus productos, los cuales no pueden afectar la salud de los consumidores y por tanto debe existir un deber de información acerca de la composición, los riesgos y prevenciones de aquellos (Corte Constitucional, sentencia C-973 del 2002, sentencia T-333 del 2000).

[3] Resolución 69916 31 de diciembre del 2009 (tarifas correspondientes a la contribución por garantías), Resolución 3530 del 2012 (venta de equipos terminales móviles), Resolución 0957 del 2012 (gas natural comprimido para uso vehicular), Resolución 172 del 2012 (reglamento técnico aplicable a pilas de zinc-carbón y alcalinas), entre otras.

cambios de los mercados y los avances de la ciencia jurídica (Alejandro Giraldo López, Carlos Germán Caycedo Espinel y Ramón Eduardo Madriñán Rivera, 2012). Este avance legislativo reconoce otras formas de mercadeo y comercialización en donde convergen nuevos productos y tecnologías que, entre otras, generan nuevos riesgos al consumidor.

B) *Ley 1480 del 2011: apuntes previos*

La promulgación del Estatuto del Consumidor se convierte entonces en el primer paso que dio el país en el camino de una protección integral al consumidor. Esta declaración de derechos contiene no solo las reglas que enmarcan una relación de consumo, sino también los mecanismos para hacerlas cumplir (Chamie, 2013, p. 121). En primer lugar, el artículo 2.º de la Ley 1480/11 incorpora como criterio de aplicación el carácter de especialidad, señalando que al no existir regulación específica en alguna materia, el Estatuto se emplearía de forma suplementaria (Buendía y Marún, 2015, p. 73). De esta forma, se pone de presente que el criterio de especialidad prevalecería sobre el criterio cronológico de dos normas que entran en coalición. No obstante, la aplicación del criterio de especialidad no siempre deberá prevalecer sobre la norma general, dado que el espíritu de la normativa de carácter general puede no estar presente en la norma especial o, incluso, puede dejar de lado aspectos que sí son incorporados en la normativa general (Bobbio, 2016, pp. 191-193).

En segundo lugar, las normas sobre protección al consumidor se consideran de orden público y las condiciones generales de los contratos deberán interpretarse en la forma más favorable al consumidor, tal y como se describe en el artículo 34 del Estatuto (Benítez Caorsi, 2013, pp. 45-49). Este principio de favorabilidad debe entenderse como regla general del derecho del mercado, con vocación universal que tendrá que ser aplicada en todos los regímenes existentes, siendo así la pauta de interpretación entre una norma y otra (Correa Henao, 2013, p. 130). Se concluye, entonces, que en caso de que la regulación especial no brinde, al menos, la misma protección que el Estatuto, se deberá aplicar este último y no el régimen especial para otorgar una tutela efectiva de los derechos del consumidor, pese a que la norma sectorial no los consagra (Correa Henao, 2013, p. 141).

En tercer lugar, el Estatuto establece las reglas mínimas de contenido para los contratos de adhesión que protegen al consumidor de cláusulas abusivas y prácticas agresivas (Chamie, 2013, p. 127). El uso de

cláusulas abusivas dentro de este modelo de contratación en masa produce un desequilibrio en perjuicio del consumidor, dado que afecta el tiempo, modo o lugar para que el consumidor ejerza sus derechos (Chamie, 2013, p. 128). Por lo tanto, en caso de ser incluidas, las cláusulas serán ineficaces de pleno derecho e impiden entonces que a través de estas u otro tipo de prácticas se desconozcan los derechos mínimos que deben garantizarse al consumidor (Corte Suprema de Justicia, 2011, 2009; Remolina Angarita y Flórez Rojas, 2013, p. 371).

Se advierte, entonces, que la aplicación de la Ley 1480/11, sumada a los principios de interpretación, es el comienzo para buscar una real y eficaz protección al consumidor, especialmente si se trata de compras en el comercio electrónico[4]. Sobre el particular, una de las figuras que han tenido más relevancia en el país ha sido la figura del retracto, que a pesar encontrarse en la reglamentación de 1982 pasó a ser relevante por su aplicación en las transacciones que utilizan métodos no tradicionales o en las ventas a distancia, como lo es la compra de tiquetes en línea. Así, para el análisis de la figura del retracto se deben considerar los principios de favorabilidad y subsidiariedad.

2. El derecho de retracto

El retracto, en primer lugar, es la facultad incondicional, imperativa e irrenunciable en cabeza del consumidor de retractarse del negocio jurídico, siempre que se cumplan ciertos requisitos legales, y no puede estar sujeta a limitaciones por de los empresarios (Superintendencia de Industria y Comercio, 2012) (artículo 47, Ley 1480 del 2011). En este sentido, cualquier estipulación contractual que niegue o limite este derecho se entenderá como no escrita.

Este mecanismo, que se entiende pactado automáticamente en los contratos de consumo, afecta la subsistencia del contrato y concede a una de las partes la facultad de desvincularse de este (Almanza y Ramírez, 2014, p. 69; Rodríguez-Cano, Imbernón y Molina, 2009, p. 1493). El retracto, entonces, constituye una excepción al principio *pacta sunt servanda*, pues aunque el contrato se encuentra celebrado y en ejecución o ya ejecutado, el consumidor tiene la prerrogativa de resolverlo en principio sin una causa justificada (Villalba Cuéllar, 2012, p. 155).

[4] El capítulo VI, sobre protección al consumidor de comercio electrónico, fue incluido en la ponencia para primer debate en Senado. *Gaceta del Congreso* n.º 352 del 1.º de junio del 2011.

En segundo lugar, resulta favorable el hecho de que el ejercicio del derecho de retracto haya pasado de dos a cinco días. Este nuevo margen parece ser el plazo que el Congreso de la República consideró prudente para que el consumidor reflexione sobre la necesidad de adquisición del producto (*Gaceta del Congreso* n.º 839 del 29 de octubre del 2010). Este período resulta breve en comparación con otras legislaciones: por ejemplo, en la Unión Europea son catorce días calendario[5], en Chile y Argentina son diez días[6], mientras que en Perú serán siete días[7]. Sin llegar a hacer un análisis extensivo en derecho comparado sobre el retracto, se puede concluir que el término para ejercer este derecho se debe a un análisis político y económico de cada país más que de un análisis sobre el tiempo adecuado para que el consumidor reconsidere su decisión de compra.

En tercer lugar, este derecho se aplica para la venta de bienes y prestación de servicios, venta de tiempos compartidos[8] o ventas que utilizan métodos no tradicionales[9] o a distancia[10] que por su naturaleza no deban consumirse o no hayan comenzado a ejecutarse antes de cinco días. La ampliación del ámbito de aplicación debe considerarse un avance en relación con el Decreto 3466/82, pues cobija nuevos escenarios en los cuales se afecta la capacidad de discernimiento del consumidor.

[5] Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo sobre los Derechos de los Consumidores.

[6] Chile, derecho de retracto en el artículo 3 de la Ley 19496 de 1997. Argentina, derecho de revocación en el artículo 14 de la Ley 26.361 del 2008.

[7] Perú, derecho de restitución en el artículo 59 de la Ley 29571 del 2010.

[8] Artículo 95 de la Ley 300 de 1996: "El sistema de tiempo compartido turístico es aquel mediante el cual una persona natural o jurídica adquiere, a través de diversas modalidades, el derecho de utilizar, disfrutar y disponer, a perpetuidad o temporalmente, una unidad inmobiliaria turística o recreacional por un período de tiempo en cada año, normalmente una semana".

[9] Artículo 5.º numeral 15 de la Ley 1480 del 2011 y artículo 3.º del Decreto 1499 del 2014: "[...] son aquellas que se celebran sin que el consumidor las haya buscado, tales como las que se hacen en el lugar de residencia del consumidor o por fuera del establecimiento de comercio. Se entenderá por tales, entre otras, las ofertas realizadas y aceptadas personalmente en el lugar de residencia del consumidor, en las que el consumidor es abordado por quien le ofrece los productos de forma intempestiva por fuera del establecimiento de comercio o es llevado a escenarios dispuestos especialmente para aminorar su capacidad de discernimiento".

[10] Artículo 5.º numeral 16 de la Ley 1480 del 2011: "Son las realizadas sin que el consumidor tenga contacto directo con el producto que adquiere, que se dan por medios, tales como correo, teléfono, catálogo o vía comercio electrónico".

En este sentido, el derecho de retracto está relacionado con los vicios de voluntad dentro de la formación del contrato. El derecho de retracto apunta a tutelar la libertad en la contratación, así como la confianza y la transparencia en el mercado (Leiva Fernández, 2002, p. 23). Por lo tanto, esta figura nace como resultado de los nuevos riesgos de captación o sugestión derivados de la utilización de ciertas técnicas de promoción en la contratación (García Vicente, 1997, p. 68).

Uno de los escenarios en los cuales se aplica este derecho es el relativo a los contratos de tiempos compartidos. En estos, el retracto encuentra explicación debido a las agresivas prácticas comerciales que emplean los profesionales para obtener el consentimiento del consumidor (Jaramillo Jaramillo, 2015, pp. 81-96). Es usual en este tipo de contratos que el consumidor se arrepienta debido a la falta de información sobre el negocio. En este sentido, el Decreto 774 del 2010 establece que el retracto podrá ejercerse sin penalidad dentro de los cinco días siguientes a su adquisición, pero entre el día 6 y el día 30 puede ejercerse retracto con una penalidad del 5% de la cuota inicial pagada (Superintendencia de Industria y Comercio, 2014d). De esta forma, la promulgación de la Ley 1480/11 no derogó esta reglamentación especial toda vez que le otorga al consumidor un término más amplio para retractarse de la compra, la cual es más favorable al consumidor y complementa lo dispuesto por el Estatuto.

Otro de los escenarios descritos para la aplicación del derecho de retracto son las ventas que utilizan métodos no tradicionales o a distancia. Resulta novedosa esta inclusión toda vez que bajo estas modalidades el consumidor y productor/proveedor no están directamente conversando sobre las calidades del producto, tales como televentas, ventas por internet y ventas por catálogo. En estos casos es probable que el consumidor incurra en un error sobre las calidades del producto sin necesidad de que exista mala fe del productor/proveedor (Remolina Angarita y Flórez Rojas, 2013, p. 376). El gobierno nacional, mediante el Decreto 1499 del 2014, reglamentó los requisitos para este tipo de contratación.

Esta reglamentación precisa que se entenderá por "métodos no tradicionales" aquellos negocios que se celebran sin que el consumidor los haya buscado, tales como los realizados en el lugar de residencia o de trabajo, en donde el usuario es llevado a escenarios dispuestos para aminorar su capacidad de juicio (artículos 4 y 5). Así mismo, establece que se consideran ventas a distancia las realizadas sin que el consumidor tenga contacto directo con el producto, a través de correo,

teléfono, catálogo o comercio electrónico (artículo 6). Las compras que se efectúen a través de internet deberán cumplir con las exigencias que este decreto instaura, además de las prerrogativas generales de la Ley 1480/11. En suma, este decreto busca complementar la ley general respecto de las ventas a distancia o ventas que utilizan métodos no tradicionales; sin embargo, según el parágrafo del artículo 2.º del Decreto 1499/14, las disposiciones no serán aplicables cuando exista una regulación especial en alguna materia relacionada con estas ventas específicas.

Finalmente, el derecho de retracto también se podrá solicitar cuando el contrato se haya efectuado a través de sistemas de financiación otorgada por el productor o proveedor, en el entendido de que los sistemas de financiación son los créditos que ofrece el productor o proveedor en los que existe una relación entre el capital y el interés que paga el deudor en cada cuota, refiriéndose así a las ventas a plazos (Sullivan, Wicks y Luxhoj, 2004, p. 586). Se puede afirmar, entonces, que el derecho de retracto no se podrá solicitar cuando la compra se haya pagado en efectivo (Gacetas del Congreso n.º 1102, 839 del 2010 y 352 del 2011). Esta limitación al ejercicio del derecho de retracto es discriminatoria pues desconoce los postulados de igualdad de la Constitución en su artículo 13, se consolida como una restricción injustificada y no deberá aplicarse por comprometer el derecho fundamental a la igualdad de los consumidores (Remolina Angarita, 2011).

Sobre el particular, el legislador incorporó a este postulado una limitación más, la cual establece que la financiación debe ser "otorgada por el productor o proveedor"[11]. De este aparte añadido se pueden desprender dos interpretaciones. Una en la cual el retracto solo se podrá ejercer cuando la financiación sea concedida únicamente por el productor/proveedor. Otra interpretación puede conducir a que es el productor/proveedor quien acepta que el consumidor pague a través de medios de financiación, poniendo a disposición del consumidor la oportunidad de pagar a través de financiamiento comercial (Remolina Angarita y Flórez Rojas, 2013, p. 370). La SIC ha manifestado al respecto que este derecho procede "cuando la financiación la efectúa quien realiza la venta, por tanto, cuando el pago se realiza mediante tarjeta de crédito, la financiación proviene de un tercero, por tanto, el

[11] Aparte introducido en la ponencia para primer debate. *Gaceta del Congreso* n.º 352 del 2011. Con el fundamento de que "El retracto del que se habla aquí sólo aplica para ventas que son financiadas directamente por el productor o proveedor", p. 23 de la *Gaceta*.

retracto no sería viable" (Superintendencia de Industria y Comercio, 2013). La ambigüedad de la respuesta no deja claro qué tipo de financiación se requiere; sin embargo, aplicando una vez más el principio de favorabilidad en esta materia, el aparte de esta norma deberá ser interpretado de forma que comprenda cualquier sistema de financiación sin importar que sea otorgado por el mismo productor/proveedor o por medio de un tercero (Cotes, Bula y Otero, 2014, p. 73; Remolina Angarita y Flórez Rojas, 2013, p. 369).

Así, para el caso específico de la compra y venta de tiquetes aéreos, la utilización de mecanismos de venta no tradicionales o a distancia y la aplicación de nuevas tecnologías, como son las plataformas de internet y los *call centers*, se han convertido para las aerolíneas en los principales canales de distribución de sus productos, desplazando a las tradicionales agencias de viaje. Se puede afirmar que el derecho de retracto podría aplicarse bajo la Ley 1480 del 2011, cuando el contrato se ajuste a las compras a través de internet a satisfacción de los requisitos de las ventas a distancia o cuando el contrato se haya efectuado a través de sistemas de financiación otorgada por el productor o proveedor. Sin embargo, la compra y venta de tiquetes aéreos dispone de una regulación especial de la Aeronáutica Civil, lo cual en principio dejaría la aplicación de la Ley 1480 del 2011 y del Decreto 1499 del 2014 de aplicación subsidiaria, según el caso.

3. Regulación especial para los derechos de los consumidores del servicio de transporte aéreo: resolución 1375 del 2015

El 23 de enero y el 28 de julio del 2014, la SIC condenó a las empresas Lan Colombia S. A. y Avianca S. A. por desconocer el derecho de retracto de un consumidor que había comprado un pasaje aéreo a través de un portal de internet y quiso retractarse de su compra dentro del término permitido por ley (Superintendencia de Industria y Comercio, 2014c, 2014b). La SIC ordenó a las compañías devolver a los respectivos consumidores la totalidad del dinero pagado y a su vez impuso una multa por violación al Estatuto del Consumidor. Estas providencias dieron lugar a que los usuarios de transporte aéreo interpusieran sus denuncias ante la SIC cuando los tiquetes aéreos fueran adquiridos a través de ventas a distancia, financiación o alguno de los supuestos previstos en el Estatuto.

La SIC estableció en esta oportunidad que aunque los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia (RAC) prevén una figura comparable con

el retracto, esta no les otorga la misma protección a los consumidores, pues en algunos eventos autorizan el descuento de ciertas sumas al valor que se debe devolver a quien desiste del viaje (Superintendencia de Industria y Comercio, 2015a). No obstante, tanto la Aeronáutica Civil colombiana (Aerocivil) como las aerolíneas no comparten la interpretación que la Superintendencia le ha dado a la Ley 1480 del 2011, extendiendo su poder sancionatorio (Forero Oliveros, 2014). Ambas consideran que el derecho de retracto no se aplica dentro de estas ventas, toda vez que existe un régimen especial contenido en los RAC que regulan el desistimiento del pasajero en la compra de tiquetes (Aeronáutica Civil colombiana, 2014). Así, la Aerocivil ha manifestado que en el caso de tiquetes aéreos, por tratarse de un régimen especial, el derecho al retracto no es aplicable y la SIC carece de competencia.

Los RAC establecían que el pasajero contaba con las tres figuras para obtener un reembolso parcial del dinero por la compra de tiquetes aéreos: el desistimiento[12], la pérdida del tiquete[13] y el incumplimiento del pasajero[14]. Así, para la Aerocivil la figura del retracto se encontraba equiparada con el desistimiento y este, según la entidad, protege en iguales condiciones al pasajero. Del mismo modo, el Congreso expidió la Ley 1558 del 2012 (Ley 1558/12), conocida como Ley de Turismo, que pretendió solucionar los conflictos de competencia entre la autoridad aeronáutica y la SIC. En su artículo 25, la ley consignó que

[12] Reglamento Aeronáutico Colombiano, RAC n.º 3, antes de la modificación establecida por la Resolución 1375 del 2015. "El pasajero podrá desistir del viaje antes de su iniciación, dando aviso al transportador con al menos 24 horas de antelación a la realización del vuelo. En estos casos el transportador, cuando corresponda y conforme a lo acordado, podrá retener un porcentaje de reducción de acuerdo a las estipulaciones desarrolladas por la empresa, que hayan sido aprobadas por la Aeronáutica, en cuyo reembolso se hará conforme a las condiciones de la tarifa, el cual no podrá exceder de 10% del valor del tiquete."

[13] Reglamento Aeronáutico Colombiano, RAC n.º 3, antes de la modificación establecida por la Resolución 1375 del 2015. "El pasajero tiene derecho a la expedición de uno nuevo o al reembolso de su valor, presentando la correspondiente denuncia y una vez se determine que dicho tiquete extraviado no puede ser utilizado por nadie más."

[14] Reglamento Aeronáutico Colombiano, RAC n.º 3, antes de la modificación establecida por la Resolución 1375 del 2015. "Hay lugar al reembolso del valor del tiquete o de la parte proporcional al tramo o trayecto no cubierto, cuando por incumplimiento de sus obligaciones, conductas indebidas, o actos de perturbación por parte del pasajero el transportador se ve en la necesidad de abstenerse de transportarlo o interrumpir el transporte."

al sector del transporte aéreo en Colombia solo le eran aplicables las normas de carácter aeronáutico contenidas en el Código de Comercio y en los reglamentos aeronáuticos, excluyendo expresamente de su aplicación las normas contenidas en el Estatuto del Consumidor. Sin embargo, este artículo ha sido objeto de muchas críticas, toda vez que si se revisa cuidadosamente el inciso 2.º de la disposición mencionada, allí solo se hace referencia a los proveedores y comercializadores de servicios aéreos, excluyendo expresamente a los usuarios; por lo tanto, atendiendo los principios que gobiernan la hermenéutica jurídica, habría que concluir que en materia de protección de los usuarios del transporte aéreo les son aplicables también las normas del Estatuto del Consumidor.

Sumado a ello, el Código General del Proceso (CGP) otorgó la facultad jurisdiccional a la SIC solo para entender de la violación de los derechos de los consumidores consagrados en el Estatuto. Sin embargo, la SIC no comparte dicha posición, por cuanto considera que la figura del desistimiento que regula los RAC es distinta del derecho de retracto, el cual no está consignado en la normatividad aeronáutica, sino en el Estatuto del Consumidor, por lo que resulta aplicable para la compra de tiquetes aéreos a través de comercio electrónico. Si bien reconoce que no tiene la facultad administrativa para investigar y sancionar en virtud de la modificación realizada por la Ley 1558/12, precisa que al ser un asunto regulado por la Ley 1480/11, mantiene la facultad jurisdiccional para entender de las demandas que por desconocimiento de esta figura presenten los consumidores (Superintendencia de Industria y Comercio, 2015a). De esa forma, de verificarse que la aerolínea desatendió la solicitud de retracto del pasajero, la SIC puede condenar a la devolución del dinero y sancionar a la empresa aérea por el incumplimiento de la normatividad, de conformidad con el artículo 58 de la Ley 1480/11.

Luego de las suscitadas controversias entre las dos entidades, la Aerocivil emite la Resolución 1375 del 2015 (Resolución 1375/15), con la cual intenta poner fin al debate. Con esta, se establecen reglas especiales para las compras de tiquetes aéreos, así como los mecanismos de reclamación. Sin embargo, a pesar de que la reglamentación buscaba remediar las controversias de competencia, en realidad suscita más preguntas que soluciones, y afecta la real protección al consumidor. Para un mejor entendimiento, a continuación se presenta un cuadro comparativo de los RAC antes de la emisión de la Resolución 1375/15 y después de ella.

	Facultades del pasajero RAC 3 de los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia	
Facultad	3.10.1.8.1. Desistimiento	3.10.1.8.2. Retracto especial (casos referidos en el Decreto 1499 del 2014)
Término de solicitud	Antes de la iniciación del viaje con aviso al transportador o a la agencia de viajes con al menos 24 horas de antelación.	Dentro de las 48 horas siguientes a la operación de compra, a través de cualquier canal de atención del vendedor. Solo podrá ser ejercido con una anterioridad igual o mayor a 8 días calendario (vuelos nacionales) y 15 días calendario (vuelos internacionales), entre el momento del ejercicio oportuno y la fecha prevista del vuelo.
Retención monetaria	Retención del porcentaje pactado en favor del transportador, la cual no podrá ser superior al 10% del valor de la tarifa, excluyendo tasas, impuestos y tarifa administrativa.	La retención se hace en favor del transportador y será de $ 60.000.oo pesos para tiquetes nacionales o US$50 dólares para tiquetes internacionales, aplicando la tasa de cambio oficial del día. El valor retenido no podrá ser superior al 10% del valor recibido por concepto de tarifa, excluyendo tasas, impuestos y tarifa administrativa.
Promociones	No aplica, salvo que sea ofrecido por el transportador.	No hay indicación.

Cuadro 1. Facultades del pasajero establecidas en el RAC 3.

Fuente: elaborado por la autora.

En primer lugar, la Resolución 1375/15 modificó el RAC 3 estableciendo dentro de las facultades del pasajero el desistimiento y el retracto. Cabe aclarar que las dos facultades en mención se encuentran dentro del título 3.10 del RAC 3, referente al transporte aéreo regular de pasajeros. Tal y como están expresadas dentro de esta reglamentación especial, se da a entender que el pasajero goza de dos facultades y cada una se aplica en situaciones diferentes.

Por un lado, establece la facultad para *desistir*, la cual se aplicará en los casos del artículo 1878 del Código de Comercio, que establece esta

facultad para todos los casos de transporte de pasajeros[15]. Por otro lado, el decreto reglamenta específicamente que la facultad de *retractación se* aplicará en todos los contratos de prestación del servicio de transporte aéreo de pasajeros que se perfeccionen a través de los mecanismos de venta a los que se refiere Decreto 1499/14. Sin embargo, no quedan claras las razones por las cuales el pasajero gozará de una facultad diferente cuando se trate de ventas realizadas con métodos no tradicionales o sin ellos, o a distancia. Es decir, si un consumidor decide realizar la compra del tiquete directamente en la aerolínea o a la agencia de viajes, no goza de las mismas facultades que aquel consumidor que realiza su compra a través de internet.

La separación de estas facultades no resulta del todo clara y puede llegar a considerase contraria al principio de igualdad establecido en el artículo 13 de la Constitución. Así, mientras que el derecho de retracto de la Ley 1480/11 se aplica a todas las ventas en general, con las limitaciones antes explicadas, los RAC delimitan la aplicación del retracto especial sólo a aquellas ventas suscitadas en el Decreto 1499/14 y para las demás ventas se otorgaría una facultad de desistimiento.

En segundo lugar, el retracto de la Ley 1480/11 se aplica a compras promocionales, mientras que, según los RAC, el desistimiento no es aplicable cuando se trate de tarifas promocionales, a menos que sea ofrecido por el transportador (Superintendencia de Industria y Comercio, 2014a, 2015a, 2015b). Para el caso del retracto especial, hay silencio en la reglamentación; por tanto, se puede afirmar que no se aplicará en las tarifas promocionales.

En tercer lugar, los términos que tiene el consumidor en los escenarios planteados por los RAC difieren uno del otro. En el caso del desistimiento, el consumidor deberá notificar con al menos 24 horas de antelación a la realización del vuelo. Mientras que en el retracto especial el consumidor deberá notificar dentro de las 48 horas siguientes a la operación de compra, siempre y cuando no hayan transcurrido menos de ocho días calendario para vuelos nacionales y quince para vuelos internacionales, entre el momento del ejercicio oportuno y la

[15] Artículo 1878 Código de Comercio. Reducción por desistimiento del viaje por el pasajero: "En los casos de desistimiento del viaje por parte del pasajero, las empresas de transporte público podrán fijar porcentajes de reducción en la devolución del valor del pasaje, conforme a los reglamentos de la empresa, aprobados por la autoridad aeronáutica".

fecha prevista del vuelo. Es decir: los consumidores que compren un tiquete a través de un portal en internet para un vuelo que parte en siete días o menos en el territorio nacional o catorce días o menos en el ámbito internacional no tendrá derecho de retractarse. Este cómputo de términos resulta a su vez diferente del establecido en la Ley 1480/11 pues la figura del retracto otorga cinco días al consumidor después de la compra para notificar al proveedor, siempre y cuando el servicio no se haya consumido.

Finalmente, mientras el Estatuto del Consumidor prevé la devolución de la totalidad de las sumas pagadas para la figura del retracto, los RAC autorizan el descuento de ciertas sumas y este no podrá ser superior al 10% del valor de la tarifa, tanto para el desistimiento como para el retracto especial. Este es uno de los puntos más críticos en la discusión de competencias entre la SIC y la Aerocivil pues mientras la primera de las entidades busca la protección total e integral del consumidor, la segunda también debe velar por la protección de los empresarios en este campo[16]. Sobre el particular, hay quienes afirman que el derecho de retracto, tal y como está definido en la Ley 1480/11, legitima el desconocimiento de los derechos adquiridos por los agentes económicos, toda vez que el punto de equilibrio proyectado para la operación, en el caso del transporte de pasajeros, se ve afectado cuando el consumidor decide abruptamente no tomar el servicio (Almanza y Ramírez, 2014, p. 80).

Estas posiciones extremistas afirman que en Colombia existe una sobreprotección al consumidor respalda por la SIC sin respeto de los límites constituciones (Almanza y Ramírez, 2014, p. 81). Estas afirmaciones generalizan el hecho de que cualquier consumidor actúa de mala fe en todos los casos en que hace uso del derecho de retracto, y señalan al consumidor como la parte irresponsable del contrato. Dicha postura no tiene en cuenta que los empresarios, como parte dominante en este tipo de contratación, utilizan técnicas comerciales que llegan a nublar la capacidad de discernimiento del consumidor. Del mismo modo, omiten el hecho de que el ejercicio del derecho de retracto en algunos casos se ha efectuado para la corrección de errores humanos.

[16] Una de las funciones de la Aeronáutica Civil es promover e implementar estrategias de mercadeo y comercialización que propugnen el desarrollo, crecimiento y fortalecimiento de los servicios del sector aéreo y aeroportuario.

Así, por ejemplo, tanto en el caso de Avianca como en el caso de Lan, la SIC comprobó que el consumidor había incurrido en un error del diligenciamiento del formulario, quienes a su vez advirtieron de forma inmediata para su corrección (Superintendencia de Industria y Comercio, 2014c, 2014b). Por esta razón resulta ligero y peligroso afirmar que la protección al consumidor en Colombia es una forma de invitación a la irresponsabilidad en las compras *on-line* (Almanza y Ramírez, 2014, p. 81).

En conclusión, el derecho de retracto en materia de tiquetes aéreos se encuentra regulado por una norma de carácter especial, la Resolución 1375/15, que se ha ocupado de exigir el cumplimiento del deber de información, su aplicación parcial a las tarifas promocionales y, cuando sea el caso, el reintegro del dinero, entre otros. En este orden de ideas, las normas del Estatuto solo estarían llamadas a suplir o complementar aquello que la norma especial no contenga.

Conclusiones

El retracto, puede concluirse, entonces, es la facultad atribuida por la ley a una de las partes de la relación de consumo para poner fin a ésta y terminar de manera unilateral los efectos del contrato celebrado, con el fin de desligarse de un vínculo como si éste no hubiera existido, siempre que se cumplan determinados requisitos. Esta facultad le permite al consumidor asegurar una decisión más madura, reflexiva, definitiva y libre frente al bien o servicio adquirido, pues se busca que ésta no sea producto del momento y de las presiones o intimidaciones a las que puede verse expuesto al momento de realizar la transacción.

No obstante el ámbito de aplicación del retracto es restringido por la ley, éste opera en todos los sectores de la economía, pues así se trate de sectores vigilados por otra entidad o con régimen especial, todos los sectores deberán garantizar este derecho cuando se haya configurado una relación de consumo. Precisamente con fundamento en el principio de favorabilidad que consagra el régimen de protección al consumidor, se debe entender que cuando se trate de la adquisición de tiquetes para el transporte aéreo de pasajeros el consumidor tendrá tres posibilidades en caso de que decida declinar de la operación.

Posibilidades del consumidor/pasajero			
Mecanismo de venta / Sistema de pago	Directamente con el transportador	Métodos no tradicionales	A distancia
Sistemas de financiación	Retracto Desistimiento	Retracto Retracto especial	Retracto Retracto especial
Efectivo	Desistimiento (RAC 3)	Retracto especial	Retracto especial

Cuadro 2. Posibilidades del consumidor/pasajero en la compra de tiquetes aéreos.

Fuente: elaborado por la autora.

Así, según las situaciones fácticas de cada caso, se podrá optar por la figura más pertinente, pero en todo caso la más favorable al consumidor. Pues no en todos los casos la aplicación de la ley especial aboga por la mayor protección al consumidor, lo cual implica el desconocimiento de derechos y garantías que sí se encuentran regulados por la ley general y plasman la intención del legislador, que es la protección integral del consumidor (Buendía y Marún, 2015, p. 72) .

Poniendo de manifiesto lo anterior, el aspecto de subsidiariedad de la Ley 1480/11 prevalecerá en su aplicación aun cuando la norma especial regule la materia, pero lo haga de manera tal que pueda vulnerar derechos y garantías de los consumidores, ya que una aplicación absoluta del criterio de especialidad consagrado en la norma llevaría necesariamente a la desprotección de cierto grupo de consumidores, y esto crea una desigualdad sin ningún fin jurídicamente legítimo.

	Facultades del pasajero/consumidor		
Facultad	RAC 3.10.1.8.1 Desistimiento	RAC 3.10.1.8.2 Retracto	Artículo 47, Ley 1480/11 Retracto
Pago	No hay mención.	No hay mención.	Sistemas de financiación otorgada por el productor o proveedor.
Casos	Ventas realizadas sin métodos no tradicionales o a distancia.	Ventas realizadas con métodos no tradicionales o a distancia.	Venta de: (a) bienes y prestación de servicios; (b) tiempos compartidos; (c) ventas que utilizan métodos no tradicionales o a distancia.
Término	Con 24 horas antes del vuelo.	Dentro de las 48 horas siguientes a la operación de compra. Con anterioridad igual o mayor a ocho días calendario (vuelos nacionales) y quince días calendario (vuelos internacionales), entre el momento del ejercicio oportuno y la fecha prevista del vuelo.	Cinco días hábiles contados a partir de la entrega del bien o de la celebración del contrato en caso de la prestación de servicios.
Reembolso	Parcial con retención que no podrá ser superior al 10% del valor de la tarifa[17].	Parcial con retención que no podrá ser superior al 10% del valor de la tarifa.	El total del precio pagado sin ninguna retención[18].
Plazo	Reembolso en máximo treinta días calendario a partir de la comunicación.	Reembolso en máximo treinta días calendario a partir de la comunicación.	Reembolso en máximo treinta días calendario desde el momento en que ejerció el derecho.
Promociones	No se aplica, salvo que sea ofrecido porel transportador.	No hay indicación.	Se aplica.

Cuadro 3. Facultades del pasajero en la legislación colombiana en la compra de tiquetes aéreos.

Fuente: elaborado por la autora.

[17] El RAC 3.10.1.8.1 establece que la tarifa será el valor del precio pagado excluyendo tasas, impuestos y tarifa administrativa.

[18] Con excepción de los costos naturales de envío en los que incurre el proveedor-productor.

Anexo

Proyecto	Proyecto de Ley 115 del 14 de noviembre del 2000. Cámara. *Por el cual se expide el Estatuto de Defensa del Consumidor*[19].	Proyecto de Ley 82 del 2008. Senado. *Por medio del cual se actualiza el Decreto 3466 de 1982 y se dictan otras disposiciones*[20].
Objetivo	Proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como amparar el respeto a su dignidad y a sus intereses económicos.	Regula los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores, tanto sustancial como procesalmente.
Contratos especiales	En los contratos celebrados a distancia, telefónicamente, por medios electrónicos o similares, el productor deberá dejar constancia de la aceptación del adherente a las condiciones generales (artículo 42).	En los contratos celebrados a distancia, telefónicamente, por medios electrónicos o similares, el productor deberá dejar prueba de la aceptación del adherente a las condiciones generales (artículo 47).
Trámite legislativo	El proyecto fue archivado por tránsito de legislatura según el artículo 190 de la Ley 5 de 1992.	El proyecto fue archivado por tránsito de legislatura según el artículo 190 de la Ley 5 de 1992.

Comparación de proyectos de ley en Colombia en materia de consumidores.
Fuente: elaborado por la autora.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

Almanza, C. P. y Ramírez, A. M. (2014). *Límites al ejercicio abusivo del derecho de retracto: Inconstitucionalidad en la sobreprotección del consumidor*. Bogotá: Con-texto y Universidad Externado de Colombia.

[19] Publicación del proyecto en la *Gaceta* 450/00. Ponencia para primer debate en la *Gaceta* 211/01. Aprobado primer debate en la *Gaceta* 523/02. Ponencia segundo debate en la *Gaceta* 73/02. Aprobado segundo debate en la *Gaceta* 269/02.

[20] Publicación del proyecto en la *Gaceta* 502/08. Ponencia para primer debate en la Gaceta 602/08. Aprobado primer debate en la *Gaceta* 808/08. Ponencia segundo debate en la *Gaceta* 165/09. Aprobado segundo debate en la *Gaceta* 314/09. Ponencia tercer debate *Gaceta* 927/09. Publicación Cuarto debate 228/10.

Benítez Caorsi, J. (2002). *La interpretación en los contratos con cláusulas predispuestas*, Bogotá: Reus.

Betancur Cuartas, B., Zuluaga Giraldo, M., Ibáñez Najar, J. y Ghersi, C. A. (1998). *Política y derecho del consumo*. Bogotá: El Navegante.

Bobbio, N. (2016). *Teoría General del Derecho* (5ª ed.). Bogotá: Temis.

Buendía, A. y Marún, K. (2015). El criterio de especialidad en el Estatuto del Consumidor y su aplicación al caso David Osorio Ortiz vs Avianca: En *Avances y desafíos del derecho: Abordaje desde la investigación jurídica y sociojurídica*. Cartagena: Universidad Libre.

Burgos, A. (2007). *El consumidor y los contratos en internet*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Calais-Auloy, J. y Temple, H. (2015). *Droit de la consommation* (9ª ed.). París: Dalloz.

Correa Henao, M. (2013). El Estatuto del Consumidor: aspectos generales sobre la naturaleza, ámbito de aplicación y carácter de sus normas: En *Perspectivas del Derecho del Consumo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Cotes, L., Bula, A. y Otero, A. (2014). Limitaciones de la Ley 1480 del 2011 en relación con los medios de pago y el plazo de ejercicio del derecho de retractación. *Revista de divulgación de estudiantes, egresados y profesores de la División de Ciencias Jurídicas* (62). Barranquilla: Universidad del Norte.

Félix Chamie, J. (2013). Principios, derechos y deberes en el derecho colombiano de protección al consumidor. *Revista de Derecho Privado* (24). Bogotá.

Galanter, M. (1974). Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law and Society Review*, 95.

García Vicente, José. R. (1997). *Ley de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: el derecho de renovación*. Navarra: Aranzadi.

Ghersi, C. A. (1998). *La concepción filosófica del Derecho del Consumo y su relación con otras disciplinas*, Bogotá: Política y Derecho del Consumo, Superintendencia de Industria y Comercio.

Giraldo López, A., Caycedo Espinel, C. G. y Ramón E. (2012). *Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor*. Bogotá: Legis.

Jaramillo, C. I. (2015). *La compraventa en el derecho de consumo: comentarios generales en torno a su regulación en el nuevo estatuto del consumidor.* Bogotá: Ibáñez.

Leiva Fernández, L. (2002). El vicio de sorpresa en el derecho privado. *Revista de la Responsabilidad Civil y Seguros* (IV).

Lorenzetti, Ricardo Luis. (2009). *Consumidores* (2ª ed.). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Perilla Granados, Juan Sebastián. (2015). Construcción antiformalista del consumidor medio. *Revista de Derecho Privado* (54). Bogotá: Universidad de los Andes.

Perry, Guillermo; Serpa, Horacio y Verano, Eduardo. (1991). Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia n.º 59. *Gaceta Constitucional* (22).

Remolina, Nelson y María Lorena Flórez. (2013). Consumidor y Comercio Electrónico: En *Derecho del consumo: problemáticas actuales*. Bogotá: Universidad Santo Tomás e Ibáñez.

Rodríguez-Cano, R. B., Imbernón, N. I. M. y Molina, M. S. Q. (2009). *Tratado de contratos* (vol. 2). Valencia: Tirant lo Blanch.

Ruscono, Dante. (2013). La noción del consumidor en la ley 1480 del 2011, en *Derecho del consumo: problemáticas actuales*. Bogotá: Universidad Santo Tomás e Ibáñez.

Sullivan, William y Wicks, Elin. (2004). *Ingeniería Económica de DeGarmo* (12ª ed.). México: Pearson Prentice Hall.

Tambussi, C. E. (2015). Práctica y estrategia Derechos del consumidor. *LEX-Thomson Reuters*, 12 (13), 89.

Villalba Cuéllar, Juan. (2012). *Introducción al Derecho del Consumo*, Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada.

Pronunciamientos judiciales y administrativos

Aeronáutica Civil Colombiana. (2014). Comunicación n.º 1060-2014025650.

Asamblea Nacional Constituyente. (1991), *Gaceta Constitucional* n.º 46.

Corte Constitucional. Sentencia C-1141 del 2000.

Corte Constitucional. Sentencia C-973 del 2002.

Corte Constitucional. Sentencia T-466 del 2003.

Corte Constitucional. Sentencia C-749 del 2009.

Corte Constitucional. Sentencia C-313 del 2013.

Corte Constitucional. Sentencia C-133 del 2014.

Corte Constitucional. Sentencia C-561 del 2015.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 3 de mayo del 2005.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de abril del 2009.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de octubre del 2011.

Superintendencia de Industria y Comercio (2013). Sentencia judicial n.º 1099.

Superintendencia de Industria y Comercio (2014). Sentencia judicial n.º 25.

Superintendencia de Industria y Comercio (2014). Sentencia de única instancia n.º 678.

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución n.º 93967 del 2013.

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución n.º 19451 del 2014

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución n.º 34.440 del 2014.

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución n.º 524 del 2014

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución n.º 12456 del 2015.

Superintendencia de Industria y Comercio (2012). Concepto 104854.

Superintendencia de Industria y Comercio (2013). Concepto 21-7940.

Superintendencia de Industria y Comercio (2014a). Concepto 14-007610.

Superintendencia de Industria y Comercio (2015a). Concepto 15-038468.

Superintendencia de Industria y Comercio (2015b). Concepto 15-182720.

Fuentes electrónicas

Asamblea Parlamentaria. (1973). Informe de la Comisión de Asuntos Económicos y Desarrollo, Resolución 543 de 1973. Carta Europea de Protección de los Consumidor. Disponible en http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.sp?fileid=15956&lang=en

Cámara Colombiana de Comercio Electrónico (CCCE), Segundo Estudio de Transacciones no presenciales /Comercio Electrónico [en línea]. Disponible en .

Forero Oliveros, G. (2014). Derechos de consumidores aéreos en limbo por debate entre Aerocivil y la SIC. *La República*. Bogotá. Disponible en http://www.larepublica.co/derechos-de-consumidores-a%C3%A9reos-en-limbo-por-debate-entre-aerocivil-y-la-sic_158331

Organización de las Naciones Unidas (ONU), Directrices de las Naciones Unidas para la protección al consumidor. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. 9 de Abril de 1985. Disponible en http://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ditc-ccpb2015_02res_es.pdf

Remolina Angarita, Nelson. (2011). El derecho de retracto desde una pers pectiva constitucional. *Ámbito Jurídico*. Bogotá. Disponible en https://www.mbitojuridico.com/BancoConocimiento/Educacion-y-Cultura/noti-110601-11-el-derecho-de-retracto-desde-una-perspectiva-constitucional

Resolución del Consejo de Europa, segundo programa de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información a los consumidores, OJ C 133, 3.6.1981 § (1981). Disponible en http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A31981Y0603(01)

Superintendencia de Industria y Comercio. (2015c). *Datos estadísticos 2011-2014, Gestión Institucional*. Disponible en http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Estadisticas_DIC_12_2014.pdf.

Capítulo XI

La falta de regulación de los contratos conexos de consumo en la Ley 1480 de 2011[*]

John Alberto Tito Añamuro[**]

Introducción

En el derecho europeo, la aprobación de la Directiva 87/102/CEE, del 22 de diciembre de 1986, de crédito al consumo, fue retrasada doce años a causa de la injerencia, la fuerza y el poder de los *lobbies* bancarios en la regulación de protección de consumidores (Marín López, 2000). En el derecho colombiano, salvando las diferencias, y con riesgo de revisión, también esos *lobbies* obstaculizaron una regulación más eficiente: en el derecho nacional no hay normas de crédito al consumo equivalentes a las europeas, y en varios apartes de la Ley 1480/2011 se advierten vacíos, o las reglas existentes favorecen más a los empresarios que a los consumidores.

Justamente, uno de estos vacíos legales es la falta de regulación de la categoría de los contratos conexos de consumo, que daría la posibilidad de trasladar a las entidades financieras y bancarias la responsabilidad civil derivada del incumplimiento de una compraventa. Es decir, responderían por el incumplimiento de un contrato en el que no fueron parte.

Lógicamente, esto rompería los esquemas de razonamiento del derecho de contratos al cual los operadores jurídicos están habituados. Por mandato del artículo 1602 del Código Civil, la compraventa es ley

[*] Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2017.170.

[**] Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, investigador permanente del Max-Planck-Institut de Hamburgo y profesor del Departamento de Derecho Privado de la Universidad del Norte (Barranquilla, Colombia). Correo electrónico: titoj@uninorte.edu.co.

Este trabajo es fruto de la línea de investigación de derecho civil y comercial del Grupo de Investigación en Derecho y Ciencia Política de la Universidad del Norte.

entre las partes de ese negocio, esto es, entre el vendedor (por ejemplo, de vivienda) y el comprador (por ejemplo, el consumidor de vivienda). Jamás el banco, que facilita la compra con el préstamo, llegaría a responder por la inejecución de la compraventa, precisamente por aplicación de ese artículo 1602, que encierra el principio de relatividad del contrato.

Sin embargo, la regulación de la categoría de los contratos conexos de consumo sí daría esa posibilidad de protección a los consumidores, es decir, de trasladar la responsabilidad del vendedor al prestamista. Pero como tal tipo contractual no se halla regulado en la ley, los privilegiados son los bancos y financieras, y la sociedad es la que tiene que sufrir las pérdidas, como en los casos de Campo Alegre, en Barranquilla, y el Edificio Space, en Medellín, donde los bancos no respondieron con un solo peso, y por el contrario, exigieron la ejecución de las garantías de los préstamos suscritos.

Este trabajo revisa estos dos casos, pone en evidencia el olvido del legislador en materia de protección de los consumidores y esboza criterios de una futura construcción legislativa.

1. Dos casos conspicuos: Campo Alegre y Edificio Space

A) *Lo que dijo la Corte Constitucional en la sentencia T-501/12*

En la sentencia T-501-12 la Corte puso en evidencia el hecho de que las constructoras conocían de antemano el problema de riesgos de edificación que presentaban las viviendas de la zona Campo Alegre. Ello amparado en varios informes periciales del expediente constitucional, además del inapelable contenido de la Resolución 2845 del año 2003, que describía la zona como una de alto riesgo para la construcción. No sólo ello, sino además un informe técnico demostró que estas viviendas incumplían las Normas Colombianas de Diseño y Construcción de Sismo Resistente NSR/98, recogidas en la Ley 400 de 1997 y el Decreto 33 de 1998. En el caso del Edificio Space, se tenía conocimiento de las anomalías de la edificación a tal punto que se decidió reforzar columnas desde la base hasta el sexto piso, según informe de los peritos de la constructora. La sentencia explicó también que el constructor eligió negligentemente al ingeniero de la obra. De haberlo elegido bien (*culpa in eligendo*), un ingeniero competente habría tomado precauciones. Y evitar el siniestro. En rigor, el colapso era previsible. Obviamente, a un costo muy inferior al costo social suscitado. Se prefirió no invertir en costos privados (mejorar y sanar el terreno y las estructuras de las

construcciones), y dejar en manos del azar y del riesgo la probabilidad de obtener viviendas estables.

B) *El caso de la compra de viviendas de Campo Alegre*

Según lo señala la sentencia T-473 del 2008, las ventas de inmuebles por las constructoras se hacían mediante la financiación por bancos, cajas de ahorro y prestamistas. En suma, un comprador debía suscribir dos tipos de contratos: contrato de compraventa, por un lado; y de mutuo, por otro lado.

Un testimonio recoge esta situación:

> [...] la vivienda fue adquirida a la firma constructora Alejandro Char y Cía. Ltda. a través del cumplimiento juicioso de las cuotas de un crédito hipotecario pactado con una conocida sociedad bancaria y que no ha podido disfrutar de su vivienda por los permanentes deslizamientos de tierra, agrietamientos y fisuras [Sanz vs. Char, 2008].

Pero no fue solo la constructora del alcalde de Barranquilla, Alejandro Char, la comprometida en estos hechos, sino también la constructora Marval S. A., según puede verse de la tutela que se interpuso por una compradora, donde se narran similares acusaciones (Carbonell vs. Marval, 2012).

El resto es historia conocida.

Ante la inhabitabilidad de las viviendas, el asunto pasó a la imputación de responsabilidad de la administración local y la exigencia al gobierno central de intervención y ayuda para mitigar los daños. Es decir, rebasó el ámbito del derecho privado de los contratos. Y el problema se internalizó en el derecho público, lógicamente, para beneficio de las constructoras y, en particular, de los bancos y financieras. Estos últimos no fueron siquiera incluidos en procesos administrativos. Ni qué decir de procesos judiciales. No así las constructoras: la administración de Barranquilla anunció que debía incluirse a las constructoras en el pago de las indemnizaciones a los afectados (De la Hoz, 2014).

De todo ello, lo que llama la atención es que nada se dijo acerca de judicializar a los bancos y financieras, probablemente porque se vio a estos por detrás el escudo de la relatividad del contrato, que los hace por cierto intocables o inmunes frente a situaciones nocivas como esta. No cabe duda de que la lógica del derecho contractual decimonónico, anclado en los viejos resortes del *Code* francés, ha dejado una huella profunda en la mentalidad de los operadores jurídicos.

Una muestra de que los hechos rebasaron el uso de herramientas de derecho privado es que el Ministerio de Vivienda tuvo que intervenir suspendiendo procesos judiciales de cobro de créditos e intercediendo frente a la Junta Directiva del Fondo Nacional de Ahorro (*El Tiempo*, 2014). Todo con el fin de detener el curso de diversos procesos judiciales.

C) *El caso de la compra de viviendas del Edificio Space*

Un informe recogido por el diario *El Tiempo* describía la siguiente nota dramática:

> Los damnificados por el colapso de la torre 6 del Edificio Space recibieron la mala noticia [de] que la firma CDO, en reorganización judicial, informó oficialmente que los recursos que consignaron en una fiducia para atenderlos se agotaron. Lo más grave es que la misma carta llegó a las personas desalojadas de otros edificios, que debían ser reforzados. A todos la constructora les anunció que la plata se agotó [*El Tiempo* D. 2015].

Desafortunadamente, la muerte de doce personas fue la variable diferente de los hechos de la compraventa de viviendas de Campo Alegre.

Frente al desplome de la Torre 6, en Medellín, la tesis de mayor crédito fue la del error en el diseño estructural. Álvaro Villegas, asesor de CDO, en una entrevista recogida por *El Tiempo* (Amat, 2014), corroboró esta versión, la cual está respaldada en el informe final fase III, del 3 de octubre del 2014, de la Universidad de los Andes (2014), universidad autorizada por las autoridades para el rastreo y la recopilación de información.

Álvaro Villegas señalaba que la causa del colapso fue falla estructural por error de diseño del ingeniero calculista Jorge Aristizábal. Por otro lado, afirmó que pese al informe de la Universidad de los Andes, la constructora cumplió la totalidad de los requisitos de la Ley 400 de 1997, tal y como certificaron las curadurías a nombre del Municipio, de las que recibieron licencia oficial, tras la certificación y revisión de los planos donde se detallaba el cumplimiento de las normas arquitectónicas estructurales. En otras palabras, las curadurías validaron todos los cálculos y especificaciones exigidos al presentar el proyecto para aprobación. Villegas, en evidente posición de defensa, terminó señalando que incluso el Municipio hizo una inspección final tras terminar la construcción de los edificios y autorizó su habitabilidad.

Según reza el informe de la Universidad de los Andes, no hubo evidencia de que el desplome se haya producido por razones sísmicas, movimiento de terreno, explosiones o incendios o sobrecargas de la edificación, sino que la patología fue estructural, esto es, fisuras y separación de los muros divisorios, deflexiones verticales en las placas de entrepiso, falla estructural por comprensión en la columna del eje R3, S3.

En suma, las causas se atribuyeron a los problemas presentados durante la construcción de las pilas de cimentación, y se indica que al menos una de las pilas no quedó construida con las especificaciones establecidas en el diseño.

a) *El fabuloso negocio de la venta de licencias de construcción*. Según la *Revista Semana* (2013), en el caso de los informes, los curadores (tramitadores de licencias de construcción) convirtieron su oficio en un negocio de venta al por mayor de licencias sin requisitos. En 45 días salían al mercado autorizaciones, lógicamente sin los estudios técnicos que el rigor exige. Así, de acuerdo con un informe de la Contraloría de Medellín, los expedientes enviados por las curadurías no solo llegaban incompletos, sino que entre el 2012 y el 2013, fecha en que llegaron a tramitarse casi mil licencias, la Alcaldía no llegó a enterarse, y lo peor es que en muchas ocasiones los diseños presentados eran fruto del reciclaje de otros estudios realizados para otro trámite (*Revista Semana*, 2013). Ciertamente, todo esto resulta increíble —qué más se podría decir.

Con todo, en el terreno jurídico, dos cosas llegan a ser importantes: una, que en el orden penal hay procesos de homicidio culposo, y otra, que en el orden civil la constructora indemnizó a los damnificados, no en su totalidad, sí en su mayoría, y asumió el pago de algunos arriendos de las familias afectadas (Amat, 2014).

b) *El "modus operandi" en terreno contractual*. En el terreno contractual, la modalidad de pago del precio de la vivienda no fue en efectivo, sino a crédito. Al igual que en los supuestos de adquisición de las casas de Campo Alegre, para obtener un apartamento el comprador debía firmar un contrato de compraventa con la constructora CDO, y con el prestamista, Bancolombia, un contrato de mutuo con garantía hipotecaria. Sin la firma del mutuo con Bancolombia, y solo con Bancolombia, no con otro, el comprador no tenía posibilidad de recibir el inmueble. Esto significa que, en términos de elección y autonomía de la voluntad, el comprador no tenía opción de elegir un prestamista que no fuera el señalado por la constructora.

En términos de ganancias, este era un negocio fabuloso para constructoras y bancos. Los proyectos inmobiliarios de las constructoras eran fácilmente financiados por los bancos, lógicamente previo estudio de crédito. Una vez aprobado, llegaban a un acuerdo, al cual se puede denominar *acuerdo marco de colaboración empresarial*, por medio del cual compartían las jugosas ganancias de una clientela cautiva. Pero frente al incumplimiento de la constructora solo respondía esta, y no el banco. Dado el rigor de ese acuerdo marco de cooperación, los consumidores de vivienda no tenían más opción que acudir al prestamista exclusivamente señalado, con lo cual quedaría así atada la compra de inmuebles desde un principio en manos de ese banco y se le negaba al comprador la posibilidad de elegir otra entidad financiera.

Esta limitación a la libertad contractual es la piedra angular para entender esa operación de dos contratos como si fuera uno solo. Un solo contrato. O un contrato conexo a otro. O, como dicen los alemanes, *una sola unidad económica*. De modo tal que el consumidor se encuentra frente a un solo tipo contractual. La consecuencia de ello es que ambos empresarios (la constructora y el banco) deberían responder por toda inejecución del contrato conexo de compraventa. Solidariamente, como se regula en el derecho europeo. Pero esto en el derecho colombiano no es sencillo, según se dijo antes, por su falta de regulación[1].

2. La regulación de los contratos conexos de consumo en el derecho comparado

A) *Italia*

En el derecho italiano, la doctrina asume que el *collegamento negoziale* existe

[1] Una de las situaciones graves que podría enfrentar un adquirente de vivienda sería la hipótesis en la que la constructora (el vendedor) se declarara en liquidación. Lógicamente, la nociva consecuencia llegaría a ser que no respondería por el ilícito frente a esas varias familias damnificadas. Esto pudo haber pasado, tal y como ocurrió en el gran fraude al derecho de consumo, la liquidación de los centros de enseñanza de inglés Openning en el derecho español. Menos mal para las víctimas que aquello no pasó. Hoy se sabe que la Superintendencia de Sociedades estudia asumir el control del Grupo de construcción CDO, formado por seis empresas, algunas en liquidación, Calamar, Vifasa, Alsacia, Bepamar, Acuarela y Lérida. Sin duda, en supuestos de este tipo, esto es, en los que el vendedor desaparece (es liquidado) del mercado, el adquirente de vivienda quedaría desprotegido. De ahí que en la lógica de derecho europeo, sean los prestamistas quienes afronten los problemas de sus co-socios, los vendedores. Algo que es inviable, según se dijo, en nuestro derecho.

> cuando las partes[,] con el fin de alcanzar un resultado económico[,] concluyen dos o más contratos distintos que presentan entre sí un nexo jurídico; tal nexo se manifiesta en la posible repercusión de las vicisitudes que afecten a cada uno de los convenios celebrados sobre los demás [López, 1994, p. 29][2].

Si bien en la actualidad se sigue reexaminando el contenido jurídico de la conexión de los contratos (Vigotti, 2009)[3], lo que resulta pacífico es la solución de supuestos de vinculación por los jueces, pese a no estar agotadas en la regla jurídica todas sus situaciones difíciles, de las cuales la doctrina tiene distintos puntos de opinión; para muestra, piénsese en que para algunos el prestamista debe también soportar el pago de daños derivados de la compraventa.

Ferrando (1991) sostiene, en cambio, que no cabe el ejercicio de esta acción toda vez que significaría atribuir al prestamista un riesgo extraño a su esfera de actividad (p. 646).

Oppo (1987), en esta línea, argumenta que si en determinados casos el prestamista debe restituir al consumidor todas las cantidades pagadas, no es justificable que responda por consecuencias indemnizatorias de la conducta del vendedor (p. 543).

Un ejemplo de la admisión pacífica de la figura en terreno judicial es la valoración que hace la Corte di Cassazione de la vinculación de distintos establecimientos comerciales, de cuyo examen concluye que la conexión es funcional dado que se conserva la individualidad de cada tipo contractual, que todos están diseñados y entrelazados por una relación de dependencia mutua, por lo que las vicisitudes de uno deben tener repercusiones en otro (sentenza 18 settembre, 2012).

a) *La esencia de la conexión*. El núcleo esencial de la conexión descansa en tres puntos: pluralidad de sujetos, pluralidad de contratos y la existencia de un nexo de conexión contractual. Los mismos que

[2] La autora, en estas líneas, recoge el sustrato común de lo que la doctrina italiana de la época entiende por *collegamento negoziale*. No es un tema hoy mismo cerrado. Se encuentra abierto a una construcción estable. Pero, eso sí, en la práctica jurídica italiana su uso es incontestable, especialmente en las soluciones de los jueces. Ello quiere decir, que pese a la ausencia de una formación dogmática de la categoría o, si se quiere, a la teorización de este nuevo tipo contractual, la jurisprudencia lo viene aplicando con base en sus elementos esenciales, esto es, la existencia de pluralidad de contratos, pluralidad de sujetos y nexo jurídico funcional.

[3] El autor argumenta que no es posible en términos de lógica jurídica admitir una vida totalmente independiente de los contratos conexos, dado que los distintos supuestos de hecho hacen compleja e incierta su definición teórica, con lo cual señala que el contrato conexo es una noción más bien intuitiva.

gradualmente, según la evolución de esta figura contractual, han llegado a convertirse en los *requisitos* relevantes *de los contratos conexos de consumo*, los cuales son el resultado de una larga línea doctrinal marcada y fraguada con el paso del tiempo por Giorgani (1937), Zchizzerotto (1983) y Ferrando (1986).

b) *Los fundamentos económicos de la conexión*. Los fundamentos de la regulación de un supuesto de conexión contractual fueron extraídos de los trabajos de la doctrina y la jurisprudencia, los cuales centran su análisis en dos aspectos: el primero, la base económica del negocio como unidad y el segundo, la relación de colaboración económica existente entre prestamista y vendedor (Lordi, 2006, p. 160).

Ambos criterios de orden económico sirvieron para la regulación del contenido jurídico que aparece en el artículo 125,4 del *Testo Unico delle Leggi in Materia Bancaria e Crediticia*, Decreto Leg. 385, del 1.º de septiembre de 1993, el cual dispone que

> en supuestos de incumplimiento del proveedor de bienes o servicios, el consumidor que ha constituido en mora al proveedor puede dirigirse contra el prestamista hasta el límite del crédito concedido, siempre que exista un acuerdo que atribuye al prestamista la exclusiva en la concesión de crédito a los clientes del proveedor[4].

c) *El nexo jurídico y la transferencia de responsabilidad del vendedor al prestamista*. Lo relevante de la regulación italiana, y de la construcción de la categoría de los contratos de vinculación, es sin duda la transferencia de la responsabilidad civil del vendedor de bienes al prestamista de dinero. Hay en ello una particularidad importante: la constitución en mora al proveedor para entonces dirigir las reclamación contra el prestamista.

Pero, si se miran detenidamente las cosas, el eje sobre el que gira la transmisión de efectos al prestamista es el acuerdo previo entre prestamista y proveedor, tal y como se deduce del texto de la norma; es decir, habrá vinculación "siempre que exista un acuerdo que atribuye al prestamista la exclusiva en la concesión de crédito a los clientes del proveedor" (*cfr*. artículo 125, 4 D. Leg. 385/93). A este eje se le conoce como *nexo jurídico*.

[4] El texto original dice lo siguiente: "Nei casi di inadempimento del fornitore di beni e servizi, il consumatore che abbia effettuato inutilmente la costituzione in mora ha diritto di agire contro il finanziatore nei limiti del credito concesso, a condizione che vi sia un accordo che attribuisce al finanziatore l'esclusiva per la concessione di credito ai clienti del fornitore".

En otras palabras, si se acredita la existencia de este nexo jurídico (acuerdo económico entre prestamista y proveedor) en la compraventa y el préstamo, entonces será posible predicar legítimamente la vinculación de los dos contratos y, con ello, imputar responsabilidad al prestamista. Antes, no.

En la práctica cotidiana este ejercicio ha sido un verdadero desafío, por la especial razón de acreditar un acuerdo en exclusiva entre los dos empresarios. Menos mal que esa difícil exigencia de probar la *exclusividad* en el acuerdo empresarial fue superada normativamente con la Directiva comunitaria 2008/48 del 23 de abril, relativa a los contratos de crédito al consumo.

Antes de ello era realmente un rompecabezas acreditar que entre prestamista y proveedor había un nexo en exclusiva, esto es, que *ese prestamista solo financiaba a ese proveedor y no a otro*. Incluso ello dio margen a otras posibilidades de exclusividad, que generaron distintas tesis, todas las cuales terminaron, menos mal, con la directiva antes citada. Uno de los efectos más nocivos fue el riesgo de manipulación de ese criterio de exclusividad por los empresarios, tal y como se analiza en las conclusiones de la tesis doctoral "El nexo jurídico en los contratos vinculados de consumo" (Tito, 2009), tras lo cual se facilitó el retorno a la idea original del nexo que es, en definitiva, el simple acuerdo económico de colaboración empresarial entre prestamista y proveedor (p. 301).

d) *La compleja defensa de la teoría de la causa como justificación de la conexión*. No ha resultado pacífica la defensa de la teoría de la causa como fundamento de conexión de dos contratos en el ámbito del derecho de consumo. Probablemente por la complejidad que trae consigo la construcción, articulación y defensa de la causa, los italianos, y en general los europeos, no la situaron en el centro de construcción o en el fundamento de conexión. Ya de por sí abrir las puertas de la causa sugiere cuidado y meticulosidad a la hora de hallar y explicar cada categoría jurídica y argumento.

En clave metafórica, ello sería como entrar a uno de los palacios mejor canonizados por el reino de la abstracción, uno de los más bellos construidos en época de los conceptos jurídicos elegantes, pero que en el terreno de la realidad es uno de los más inaprehensibles y difíciles de aplicación jurídica.

No debe extrañar que los Principios de Derecho Contractual Europeo lo hayan desterrado como presupuesto de la legitimación de un contrato.

Con razón Bullard (2010) señala que la compleja e impredecible teoría de la causa define qué promesas son exigibles con ideas como la de función económica y social (Betti, 1959), sin dar los criterios para determinar cómo se define ello (p. 277).

Díez-Picazo (1996) apunta que la causa sigue siendo uno de los institutos más oscuros y difíciles de aprehender del derecho civil (p. 215). Fleming (1998), hablando ya de la causalidad, es más incisivo al señalar que la causalidad es en sí misma una peste (p. 218).

Con todo, desde Bianca (2000) ha descansado en la teoría de la causa, la alternativa de la justificación de los contratos conexos, especialmente en la causa concreta, que es la razón práctica del contrato, es decir, los intereses que la operación contractual está destinada a satisfacer, de modo tal que ella yace en el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes. No obstante, lo difícil es buscar o causalizar cuáles son los intereses legítimos o móviles de las partes por considerar.

Acebes (2005), en este punto, pone en evidencia tal cuestión, al señalar que en el recurso a la causa, vertido sin las necesarias precauciones, los únicos motivos jurídicamente relevantes serían los del consumidor y, por tanto, los únicos que se causalizarían a efectos de aplicar las normas de vinculación (p. 280).

Como se ve, el uso de la causa merece un estudio más detenido. Y no es que el eje subjetivo sobre el que descansa precise de mayor objetividad, ni que un nexo objetivo como es el funcional precise de mayor subjetividad; considero que corresponde tender un puente entre ambos a la hora de buscar soluciones reales.

Previo a este estudio, cabe señalar que en el derecho argentino la conexión se argumenta desde esta justificación teórica, e incluso va más allá: a la idea de una causa sistemática o una finalidad supracontractual, algo que no está, *stricto sensu*, regulado en el Código Civil y del Comercio del 2016, pero yace en la gestación doctrinal de los contratos conexos, el cual merece en su momento un examen mucho más detenido del tema causal.

B) *Alemania*

Los fundamentos de construcción y regulación de los contratos conexos en el derecho alemán descansan en una categoría económica: la existencia de una actividad u operación económica (*rectius*: unidad económica) que encierra dos operaciones contractuales, una compraventa y un mutuo o préstamo de dinero.

Escuin Ibáñez (2002) señala al respecto que los tribunales alemanes identificaron desde muy temprano la existencia de un nexo de unión entre dos relaciones contractuales con el concepto de unidad económica (*wirtschaftliche Einheit*).

Con base en esto, se afirmaba la existencia de un inter-flujo recíproco de vicisitudes entre los dos contratos (de crédito y de venta), a tal punto que por el grado de imbricación ninguno de ellos si hubiera concluido sin el otro (Escuin, 2002, p. 89).

De esta forma se llevó a regulación en el parágrafo 358 (3) del BGB, el cual señala que hay unidad económica "cuando el prestamista financia la contraprestación del consumidor o, en caso de financiación por tercero, cuando el prestamista se sirve de la colaboración del proveedor en la celebración o conclusión del contrato de crédito".

En consecuencia, de demostrarse la colaboración del proveedor, se estaría frente a una unidad económica. Por ende, se trasladaría al prestamista el incumplimiento del vendedor. Pero lo que no resultaría fácil sería demostrar en la vida cotidiana la existencia de ese acuerdo de colaboración. Esto por la sencilla razón de que tal acuerdo se halla en una esfera jurídica y económica lejos del alcance del consumidor. Probablemente ese acuerdo comercial se halle encerrado bajo siete llaves, accesibles solo para los empresarios. Frente a ello, los alemanes han hallado una vía de salida: la prueba indiciaria. Una pequeña muestra de esto sería el hecho de encontrar en las oficinas de las constructoras formularios bancarios, formularios de una concreta entidad bancaria, esa que financia los costos de adquisición[5].

Por último, en cuanto a la causa como fundamento de conexión, se ha preferido evitarla por su eminente carácter subjetivo y, especialmente, huidizo, tal y como se dijo antes[6]. Por ello los alemanes fundamentaron la conexión en un elemento objetivo, esto es la unidad económica de los dos negocios o, como ellos lo denominan, en la existencia de una *wirtschaftliche Einheit*.

Tan importante, y eficaz, fue la construcción alemana que la última directiva europea sobre la materia, la 48/2008, recogió la idea de la unidad económica. En tal sentido, señala que existe conexión si se dan dos circunstancias: una, que el "contrato en cuestión [de mutuo] sirve

[5] *Vid*., en este sentido, la valoración que se otorga a una serie de indicios objetivos en la tesis doctoral *El nexo jurídico en los contratos vinculados de consumo*. Obtenido de http://goo.gl/cMCRzr.

[6] *Vid*. *supra*, III, 1, d.

exclusivamente para financiar un contrato relativo al suministro de bienes específicos o a la prestación de servicios específicos"; la segunda, que "los dos contratos constituyen una unidad comercial desde un punto de vista objetivo".

3. La regulación de los contratos conexos de consumo en el derecho colombiano

Marín López (2000) quizá tenga razón en que en la regulación de protección de consumidores han sido los *lobbies* bancarios los que han sido actores activos. No en la defensa de intereses de los consumidores, pero sí en la defensa de sus propios intereses. En Europa retrasaron por doce años la regulación de crédito al consumo. En Colombia, tal parece que la regulación de los contratos conexos ha corrido la misma suerte.

Por esta razón, si se hace un barrido de información jurídica es posible constatar una evidente ausencia de decisiones judiciales y opiniones doctrinales más o menos consolidadas que giren junto a esta cuestión.

Por otro lado, cabe subrayar que no se han encontrado precedentes ni enmiendas en el proceso de formación de la ley que den cuenta de la iniciativa y las propuestas inclinadas a la regulación de tal categoría. De ello se puede inferir que el legislador, en uso de la lógica de los *legal transplants* (Watson, 1993) o trasplante de leyes extranjeras a derecho nacional, que, siguiendo a Watson, es legítimo hacerlo siempre que no obstaculice el desarrollo del sistema jurídico local, ha dejado en el terreno del olvido la figura de los contratos conexos de consumo.

A) *Criterios para una futura regulación de los contratos conexos de consumo*

a) *Análisis del artículo 47 de la Ley 1480/2011*. Si se mira detenidamente el artículo 47 de la Ley 1480/2011, concretamente la parte del texto que dice "*En todos los contratos para la venta de bienes y prestación de servicios mediante sistemas de financiación* otorgada por el productor o proveedor [...] se entenderá pactado el derecho de retracto por parte del consumidor. En el evento en que se haga uso de la facultad de retracto, *se resolverá el contrato y se deberá reintegrar el dinero que el consumidor hubiese pagado*" (énfasis nuestro), uno se puede dar cuenta de que de la primera parte resaltada es posible deducir que la norma alude a la existencia de dos tipos de contratos: por un lado, el de venta de bienes (compraventa de bienes) y, por otro, el contrato de mutuo (sistemas de financiación).

Pues bien, en cuanto al primero, estimo que no hay problema en identificar la referencia a un contrato de compraventa. Pero en cuanto al segundo contrato corresponde hacer alguna disquisición: la norma señala expresamente que "en todos los contratos para la venta de bienes y prestación de servicios mediante sistemas de financiación otorgada por el productor o proveedor, se entenderá pactado el derecho de retracto".

De ello cabe recoger la composición de la primera parte del enunciado "en todos los contratos para la venta de bienes y prestación de servicios mediante sistemas de financiación", con el fin de apuntar que la manera usual de colocar o vender bienes en el mercado mediante algún sistema de financiación es por el contrato de mutuo: los préstamos de dinero se canalizan vía el esquema contractual del mutuo, ya gratuito ya con interés. Con lo cual no parece que hasta este punto de las cosas resulte difícil concluir que estamos frente a un contrato de mutuo inmerso o vinculado a uno de compraventa.

b) *Demostración de la existencia de los requisitos de esencia del contrato conexo*. Si se sigue la lógica de la esencia de conexión contractual, de la cual hablábamos líneas arriba[7], esto es, los requisitos esenciales de la conexidad, diríamos que en nuestro análisis se cumplen dos de esos requisitos: la pluralidad de sujetos y la pluralidad de contratos. Falta únicamente deducir uno de ellos, el más importante de todos: el nexo jurídico[8].

En relación con esta última pieza de conexión, si se vuelve a leer el enunciado completo no resultará complicado inferir que en la norma se alude a algún tipo de conexión entre ambos contratos. Pero para dar mayor claridad a este argumento de vinculación, y consolidarlo, es relevante fijarse en el segundo subrayado del artículo en cuestión. Esto es, cuando "se haga uso del retracto se resolverá el contrato y se deberá reintegrar el dinero que el consumidor hubiese pagado".

En otras palabras, el ejercicio del derecho de retracto deja sin efecto la compraventa. Si a ello se agrega que *se deberá reintegrar el dinero al consumidor*, quedará sin efecto también la financiación de los bienes de esa venta, es decir, el mutuo inmerso en la compraventa. Según se ha explicado, solo para efectos de funcionalidad, en el mercado aparecen unidos en una sola unidad contractual.

[7] *Vid*. *supra*, III. 1, a.

[8] En cuanto a los requisitos esenciales de los contratos conexos de consumo, *vid*. *supra*, III. A.

En suma, es posible concluir que el retracto pone fin a la venta y al mutuo. Estos, dicho sea de paso, ante los ojos del consumidor son un solo esquema negocial: el contrato conexo de consumo o propiamente el contrato de compraventa financiada.

Tan cierto es esto último que en el siguiente párrafo del artículo 47 el legislador hace referencia a las obligaciones liquidatorias que las partes están obligadas a asumir tras la resolución de los contratos vinculados. Así, el consumidor "deberá devolver el producto al productor o proveedor" y, como se dijo antes, el proveedor "deberá reintegrar el dinero que el consumidor hubiese pagado", sin más.

Pero esta interpretación es insuficiente. Si bien es posible acreditar la existencia de conexión contractual en la Ley 1480/2011, esta solo sería aplicable a los supuestos de retracto, lo cual es absolutamente restrictivo, en especial porque el plazo para el ejercicio del retracto es de cinco días. Pasado este tiempo desaparecería la posibilidad de deshacer el contrato de mutuo conexo a la compraventa.

c) *La vinculación en fase de ejecución de la compraventa*. Si se ven las cosas detenidamente, la conexión de los dos contratos se ve con claridad en fase de ejecución del *contrato de compraventa financiada* (a la hora de poner en práctica la funcionalidad de la unidad contractual), concretamente cuando el consumidor elige hacer uso del derecho de retracto, en cuyo caso ambos contratos quedan desvinculados o, dicho de otro modo, la unidad contractual queda desfragmentada en sus dos piezas originales o jurídicamente autónomas.

En esta fase, la vinculación contractual pende del hilo de la decisión jurídica del consumidor. Si se sigue el rigor del brocardo *accesorium sequitur principale* que yace en el nudo de un contrato principal y uno accesorio, tiene lógica que por el uso del derecho de retracto desaparezcan los efectos jurídicos del mutuo vinculado a la venta, en tanto esa esa calidad accesoria del mutuo, por razón de que el principal ya no tiene eficacia, sigue su misma suerte.

d) *"Hecha la ley, hecha la trampa": ¿*lobbies *bancarios en la modificación del artículo 47 de la ley?* En cuanto a la trampa en la compraventa a plazos, se ha de decir concretamente dos cosas: una, que la financiación a que alude el artículo 47 es una financiación de tipo bilateral, es decir, quien financia es el mismo vendedor a favor de su cliente-consumidor bajo el esquema de una venta a plazos; la segunda, que no se ha regulado la financiación por tercero o financiación trilateral, es decir, los préstamos que hacen las entidades financieras y bancarias al consumidor.

Curiosamente, la financiación por tercero sí estaba regulada en el Estatuto del Consumidor de 1982, D. 3466/82. De cara al mercado, ciertamente, la financiación más importante para el consumidor es la financiación trilateral. Justamente, la que no aparece en la nueva ley de protección de los consumidores. Se ha cercenado abiertamente uno de los niveles de protección más elevados que tenía el consumidor de créditos. Así las cosas, la norma no protege, sino que *desprotege* al consumidor en materia de contratos conexos. Al restringir la protección a tan solo el ámbito de la financiación bilateral (la compraventa a plazos), lo que se está haciendo es proteger los intereses económicos de los bancos tras el escudo de la falta de regulación, con el evidente perjuicio a los consumidores, como se ha visto en los supuestos de Campo Alegre y Edificio Space, y como puede ocurrir en otras operaciones contractuales (piénsese en la financiación de vehículos, de viajes, de estudios académicos y otros análogos, donde los prestamistas trabajan conjuntamente con los proveedores de los bienes financiados). En este punto, la protección del consumidor va en sentido contrario: se protege a los bancos, no a los consumidores.

e) *La curiosa regulación del artículo 47: el legislador, ¿maestro de la sospecha?* Si se observa con detenimiento el artículo 41 del EC1982 se puede advertir que *no existe* la parte del enunciado que dice "otorgada por el productor o proveedor". Este trozo normativo ha sido agregado por el legislador en el artículo 47 del nuevo EC2011. Para dar mejor cuenta de ello, veamos comparativamente los dos dispositivos normativos.

Artículo 41 del EC1982	Artículo 47 del EC2011
"En todos los contratos para la venta de bienes y prestación de servicios mediante sistemas de financiación, excepción hecha de los relativos a alimentos, vestuario [...] se entenderá pactada la facultad de retractación".	"En todos los contratos para la venta de bienes y prestación de servicios mediante sistemas de financiación *otorgada por el productor o proveedor*, venta de tiempos compartidos [...] se entenderá pactado el derecho de retracto".

¿La razón de esta modificación? Intuyo que no fue precisamente para mejorar la protección del consumidor, sino todo lo contrario, como se verá enseguida.

Piénsese en el supuesto en que un consumidor adquiere una nevera de la tienda comercial Full Hogar, que además de venderle el producto se lo financia a diez cuotas mensuales, y el instrumento mediante el cual

se concluye la operación llegaría a ser la usual compraventa a plazos. Si el consumidor ejercitara el retracto dentro de los cinco días siguientes a la entrega del producto, se resolvería la compraventa a plazos, con la lógica consecuencia de la restitución recíproca de las prestaciones adelantadas. En tal caso quedaría sin efecto la conexión funcional de los contratos antes comprometidos en esa unidad contractual, es decir, quedarían sin efecto la venta y el mutuo, este último porque además sigue la suerte del principal, como ya se dijo. Si se ven detenidamente las cosas, todo ello encaja perfectamente en la lógica del artículo 47 del EC2011. Pero respecto de la financiación por tercero distinto del vendedor (*cfr*. artículo 41 EC82), las cosas son diferentes, además de nocivas para el consumidor.

Sin más, en la práctica, lo que hizo con esto el legislador fue levantar un cerco de acero al radio de acción del retracto: éste ya no está autorizado para resolver la venta financiada por tercero; antes sí lo podía hacer (*cfr*. artículo 41 EC82). No le permite al retracto la nueva ley salir de ese cerco normativo y dejar sin efecto la venta que es financiada en la mayoría de casos en el mercado por las entidades financieras y bancarias (esas en las que no interviene el vendedor en la financiación, ocasionales y de menor cuantía como la de Full Hogar), sino tan solo las de menor cuantía, como la venta a plazos cuya financiación fue "otorgada por el productor o proveedor", lo que es, desde todo punto de vista, una regulación injusta.

B) *Acciones y excepciones frente a la acción de cobro de los bancos*

Una pregunta usual en materia de contratos conexos es cómo hacer valer en la práctica estos derechos a favor del consumidor. Una de las respuestas es que frente a la acción de cobro de los bancos el consumidor está legitimado para deducir en vía de excepción la *suspensión de pagos* o de contrato no cumplido. La grata consecuencia a favor del consumidor es que mientras las constructoras no entreguen en condiciones de habitabilidad las viviendas no está obligado al pago mensual de las cuotas que exige cumplir el banco. Conlleva esto, además, la suspensión de los procesos judiciales de cobro de sumas de dinero y de ejecución de garantías por impago.

En vía de acción, los consumidores podrían resolver la compraventa y acumulativamente resolver también el contrato de mutuo, sobre la base del artículo 1546 CC y del principio *accesorium sequitur principale*.

Finalmente, se ha de subrayar el cumplimiento de un requisito o pieza clave en materia de conexión contractual: la demostración de existencia de un acuerdo de colaboración entre los dos empresarios. Es decir, la prueba de existencia de un nexo jurídico entre los dos contratos. Sin este no será posible trasladar a los bancos el incumplimiento del vendedor o de las constructoras, porque resultaría injusto responsabilizar a una entidad financiera que otorgó un *crédito de libre disposición* al consumidor, que ingresó en la cuenta de ese consumidor y no de la constructora. En este caso, la financiera desconoce cuál fue la constructora elegida por el consumidor. Por consiguiente, no solo no llega a establecerse una relación comercial entre el banco y el vendedor de inmueble o constructora, sino que además no se estaría frente a la categoría de los contratos conexos de consumo.

Conclusiones

Si se admite que las operaciones de venta de Campo Alegre y Edificio Space encajan en la categoría de los contratos conexos de consumo, no será difícil entonces admitir que es posible trasladar los efectos de la compraventa al contrato de mutuo, dado que esta consecuencia es connatural al régimen jurídico de los contratos conexos. Por consiguiente, será posible transferir de la esfera jurídica del vendedor a la esfera jurídica del prestamista, por ejemplo, el incumplimiento del vendedor o, lo que es igual, el incumplimiento de las constructoras en los casos de Campo Alegre y Edificio Space.

Tras la exégesis precedente, resulta legítimo ejercitar la resolución del contrato de mutuo y, por otro lado, hacer valer la excepción de suspensión de pagos contra la acción de reclamación de pago del prestamista. Al hilo de todo ello, es también posible la suspensión de los procesos ejecutivos o de ejecución de garantías, siempre que sean los jueces quienes inclinen sus decisiones en eficiencia o justicia hacia el equilibrio de las contraprestaciones de las partes y, en este caso, bajo los fundamentos de los contratos conexos de consumo.

BIBLIOGRAFÍA

Acebes, R. (2005). Los contratos vinculados en la Ley de Crédito al Consumo. *Actualidad Civil*, n.º 3, feb., 261 y ss.

Alterini, A. (1998). *Contratos civiles, comerciales y de consumo*. *Teoría general*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Amat, Y. (7 de diciembre del 2014). El constructor de las torres Space rompe su silencio. *El Tiempo*.

Bacache, M. (1996). *La relativite des conventions et ldes groupes de contrats*. París: LGDJ.

Betti, E. (1959). *Teoría General del Negocio Jurídico*. Madrid, Revista de Derecho Privado, trad. M. Pérez, 2ª ed..

Bianca, C. M. (2000). *Diritto civile, 3. Il contratto*. Milán: Giuffré.

Bullard, A. (2010). *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra.

De la Hoz, A. (18 de julio del 2014). Distrito exige que empresas paguen por Campo Alegre. *El Heraldo*.

Díez-Picazo, L. (1996). *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Teoría del contrato*. Madrid: Civitas.

El Heraldo, E. (10 de noviembre del 2013). Tragedia de Campo Alegre. *El Heraldo*.

El Tiempo, D. (21 de julio del 2015). Se acabó la plata para afectados por colapso del edificio Space.

El Tiempo, E. (22 de enero del 2014). Suspensión de procesos judiciales a familias damnificadas.

Esborraz, F. (2012). El fenómeno de la vinculación negocial en el ámbito de los contratos y su incidencia sobre la reglas *res inter alios acta*. *Revista de Derecho Privado*, 111-163.

Escuin, I. (2002). *Las adquisiciones financiadas en el crédito al consumo*. Granada: Comares.

Ferrando, G. (1986). *II contratti collegati. Struttura e funzione*. Génova.

Ferrando, G. (1991). Credito al consumo: operazione conomica unitaria e pluralità di contratti. *Riv. Dir. Comm*., 591-646.

Fleming, J. (1998). *Causation has plagued courts and scholars more than other topic in the law of torts*. 9ª ed. Law Book.

Giorgiani, M. (1937). Negozi giuridici collegati. *Riv. it. scienz. giur*., 275-352.

López, A. (1994). *Los contratos conexos*. Barcelona: Bosch.

Lordi, A. (2006). *Interdisciplinarieta e pluralismo nel Diritto D'impresa. L'integrazione delle esperienze e il ruolo del giurista*. Milán: Giuffré.

Lorenzetti, R. (1995). Aproximación a la conexidad contractual como fundamento imputativo. ¿Cuál es el cemento que une las redes de consumidores, distribuidores o paquetes de negocios? *La Ley*, 1013 y ss.

Lorenzetti, R. (1996). Contratos modernos: ¿conceptos modernos? Nuevos aspectos de la teoría del tipo contractual mínimo. Problemas contractuales típicos: finalidad supracontractual y conexidad. *La Ley*, 851 y ss.

Marín López, M. (2000). Análisis de la Ley7/1995, del 23 de marzo, de Crédito al Consumo. *Estudios sobre Consumo*, 79-127.

Minski, S., & Stevenson, A. (2009). *Barranquilla: historia, crónicas y datos esenciales*. Barranquilla: La Iguana Ciega.

Oppo, G. (1987). La Direttiva comunitaria sul credito al consumo". *Riv. dir. civ. II*, 539 y ss.

Rapazzo, A., & Rapazzo, G. (2008). *Il collegamento negoziale nella societa per azioni. La delibera collegata*. Milán: Giuffré.

Revista Semana (19 de octubre del 2013). El efecto del edificio Space.

Schizzerotto, G. (1983). *II collegamento negoziale*. Nápoles: Jovene.

Stevenson, A. (16 de diciembre del 2010). *Blog Barranquilla 20.05*. Obtenido de http://bquilla.blogspot.com/2010/12/campo-alegre-protagonistas-e-historias.html.

Teyssie, B. (1975). *Les groupes de contrats*. París: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence.

Tito, J. (febrero del 2009). *Universidad de Salamanca*. Obtenido de http://goo.gl/cMCRzr.

Tito, J. (2010). Consideraciones para la regulación de los contratos vinculados en atención a la protección del consumidor de servicios financieros. En A. A. V. V., *Memorias 2.º Congreso Internacional de Derecho Empresarial y Contractual* (pp. 31-56). Bucaramanga: Universidad Santo Tomás.

Tito, J. (2012). *Modernización e integración del derecho contractual latinoamericano*. Barranquilla: Universidad del Norte, Ibáñez, Grijley.

Universidad de los Andes (3 de octubre del 2014). *Concepto técnico en relación a las causas más probables del colapso del Edificio Space*. Obtenido de https://goo.gl/C4CGW4.

Vigotti, F. (2009). Il collegamento contrattuale: nozione e prassi. En G. Visintini, *Trattato della responsabilita* (pp. 1419-1432). Padova: Wolters Kluwer Italia.

Watson, A. (1993). *Legal transplants: An approach to comparative law*. Georgia: University of Georgia Press.

Jurisprudencia colombiana

Corte Constitucional. *Carbonell vs. Marval*, T-501/12, 5 de julio del 2012.

Corte Constitucional. *Sanz vs. Char*, T-473/2008, 15 de mayo del 2008.

Jurisprudencia italiana

Corte di Cassazione. Sentenza 18655, settembre 16, 2004.

Corte di Cassazione. Sentenza 15640, settembre 18, 2012.

Corte di Cassazione. Sentenza 13164, giugno 5, 2007.

Capítulo XII

La represión de la competencia desleal como mecanismo indirecto de protección al consumidor[*]

José Fernando Sandoval Gutiérrez[**]

Introducción

En el presente artículo se mostrará cómo mediante la represión de conductas desleales en el mercado se logra la protección no solo del interés de los empresarios —quienes son los que normalmente están vinculados de manera directa en este tipo de asuntos— sino también del de los consumidores, que aunque no se constituyan como parte dentro de los procesos judiciales por actos de competencia desleal, finalmente resultan protegidos, aunque de manera indirecta. Para lograr lo anterior, se hará una explicación sobre algunos aspectos sustanciales de los actos de competencia desleal a través de los cuales se logra la aludida protección, y se revisarán diversas providencias dictadas por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) teniendo en cuenta que es el organismo especializado en estos asuntos en Colombia. La relevancia del análisis que aquí se expone radica en que se ofrece una perspectiva distinta sobre la disciplina de la competencia desleal, llevándola más allá, a fin de entender los conflictos del mercado —asociados a esta disciplina— como asuntos que no son del exclusivo interés de los empresarios vinculados a un proceso judicial. Al finalizar, el lector

[*] Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2017.171

[*] Abogado egresado de la Universidad Santo Tomás, especialista en Derecho Procesal por la Universidad Santo Tomás, especialista en Responsabilidad y Daño Resarcible por la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Comercial por la Universidad de los Andes, magíster en Derecho por la Universidad de los Andes. Juez de Competencia Desleal y de Infracciones a la Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Profesor de la Maestría en Propiedad Intelectual de la Universidad de los Andes. Correo electrónico: jf.sandoval10@uniandes.edu.co.

habrá visto cómo en la práctica judicial relacionada con acciones de competencia desleal el consumidor resulta protegido a través de las diferentes decisiones judiciales que allí se profieren, a pesar de no comparecer como parte en sentido procesal.

1. ¿APLICACIÓN DE LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL A TODOS LOS PARTICIPANTES DEL MERCADO?

Los asuntos sobre la leal competencia en Colombia actualmente se encuentran regulados por la Ley 256 de 1996, la cual contiene un listado de conductas que el legislador ha considerado desleales en el mercado. Si se hace una revisión de la experiencia colombiana en el manejo, en el campo judicial[1], de este tipo de asuntos, es posible encontrar que la gran mayoría de los procesos —si no todos— se inician por empresarios y en contra de empresarios. Lo anterior pese a que la Ley de competencia desleal (LCD) no excluye la posibilidad de que sean iniciados por otros agentes del mercado o en contra de ellos. De hecho, el artículo tercero, que se refiere al ámbito subjetivo de aplicación de la norma, señala que esta "[...] se le[s] aplicará tanto a los comerciantes como a cualesquiera otros participantes en el mercado", lo cual deja abierta la posibilidad de que sea aplicada también a los consumidores.

A pesar de que normalmente estos procesos son tramitados por empresarios y en contra de empresarios, ello no significa que la LCD resulte inútil para la protección de los consumidores, no sea idónea para lograr ese propósito, o que el juez de competencia desleal pierda de vista a este importante agente cuando no se encuentra de alguna manera vinculado al trámite. Todo lo contrario: como se podrá ver a lo largo de este escrito, en la mayoría de las conductas aparece el consumidor como un elemento de especial relevancia en la configuración del acto desleal; es este, en últimas, la medida necesaria para la configuración del comportamiento reprochable y por ese camino uno de los beneficiarios de la decisión judicial. No en vano afirma López que

> bajo el modelo social, la represión de la competencia desleal tiene como misión principal asegurar el adecuado funcionamiento del proceso competitivo bajo reglas de eficiencia. Como consecuencia del cumplimiento de dicha misión, se verá beneficiada toda la sociedad, pues es de interés general que el consumidor final o

[1] Me refiero a la experiencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, por ser la entidad especializada que el legislador eligió para que conociera en instancia judicial —aunque a prevención— de los procesos relacionados con actos de competencia desleal.

> intermedio logre satisfacer sus necesidades minimizando costos y maximizando beneficios, al tener a su disposición la oferta que por eficiente le ofrece las mejores combinaciones de precio y calidad [López, 2007: 287-308].

Vale agregar que esta circunstancia tiene lugar no solo en la sentencia sino incluso en la etapa cautelar en la que también se toman importantes decisiones, pues no debe perderse de vista que, como en otras oportunidades se ha afirmado,

> la diferencia entre los dos momentos no está dada por la profundidad, la precisión o la seriedad con que se hace el análisis, ya que la situación es vista de fondo por el juez en ambos momentos, solo que en etapas diferentes del proceso [Sandoval, 2016: 153-176].

2. Los actos de competencia desleal en particular. El consumidor como la medida necesaria para su configuración y su protección a través de la decisión judicial

A continuación se hará una revisión de algunos de los actos de competencia desleal contenidos en la Ley 256 de 1996, a través de los cuales se logra la protección indirecta de los consumidores y donde se puede verificar cómo son ellos la medida necesaria para la configuración de la conducta. Esta revisión estará acompañada de algunas decisiones proferidas por la SIC, que permitirán comprobar cómo en la práctica judicial tiene lugar esa forma de protección.

A) *Desviación de la clientela*

El artículo 8.º de la LCD considera desleal "toda conducta que tenga como objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial".

Para explicar este acto, debe partirse por señalar que en un esquema de libre competencia económica la clientela no es propiedad de nadie. Esto implica que debe haber un esfuerzo constante, de los empresarios, para conseguirla y por mantenerla, lo cual a su vez implica que posiblemente tengan que arrebatarla a sus competidores. No obstante, ello no puede lograrse a toda costa, pues en ese ejercicio deben respetarse ciertos parámetros de conducta, como las sanas costumbres mercantiles y los usos honestos en materia industrial o comercial. En

ese sentido, lo que se reprocha no es que un empresario logre arrebatar los clientes a otro, sino los medios utilizados para ello, o como lo señaló la SIC en la sentencia 028 del 2011

> que la parte demandada contraviniendo los parámetros éticos y morales que siguen las personas que habitual y tradicionalmente actúan en el mercado, conquistara —o al menos hubiese pretendido hacerlo— clientes que, de no haber mediado la referida conducta reprochable, hubiesen acudido a los servicios de la actora [SIC, 2011].

Sobre el mismo aspecto anterior García ha señalado que

> la pérdida de parte de clientela por una empresa y la captación por otra es uno de los avatares propios de un sistema basado en la libre competencia y no es por sí sola desleal. Por lo tanto, en estos casos la apreciación de la deslealtad debe ir indisolublemente unida a la concurrencia de un elemento adicional que tache la conducta de desleal [García, 2008:115].

En la sentencia 3297 del 2012 se resolvió un caso en el que los demandantes habían sido trasladados de su puesto —donde desarrollaban su actividad mercantil— dentro de un centro comercial a otro punto en condiciones muy inferiores a las que habían gozado durante doce años, todo con el fin de favorecer a otros empresarios que desarrollaban la misma actividad. La autoridad consideró que la conducta demandada

> faltó a los valores de la honestidad, rectitud y honradez que debe seguir quien ha efectuado un acuerdo para el desarrollo de determinada actividad comercial, pues reubicar a los demandantes, con pleno conocimiento de las condiciones de funcionamiento de la nueva área asignada para entregarles la zona en la que venía desarrollando su actividad comercial a una compañía que desempeñaba idénticas funciones es una actuación que, a todas luces, resulta contraria a las consideraciones éticas y morales que deben gobernar la conducta de un participante en el mercado [SIC, 2012].

Esta circunstancia, al ser calificada como una desviación desleal de clientela, deja ver la importancia del consumidor para realizar este tipo de análisis, pues el caso muestra que ante el cambio del comercializador, por otro que desarrollaría la misma actividad y en el mismo punto dentro del centro comercial, es evidente que los consumidores estarían expuestos a una falta de claridad sobre la persona que ahora los atendería, y a lo mejor pensando erróneamente que se tratara de la misma, lo que podría llevarlos a depositar su confianza en la persona

equivocada. De hecho, en otra parte de la providencia se señala que a un antiguo cliente de los demandantes le dijeron que podía adquirir los productos de las personas que se encontraban en el punto de los antiguos comercializadores, ya que se trataba de los mismos productos ofrecidos por los demandantes en ese caso (SIC, 2012); lo que no deja duda, entonces, de lo expuestos que quedaron los consumidores a efectos negativos.

Nótese que la redacción de la norma y casos como el antes planteado permiten afirmar que en las situaciones relativas a la "desviación de la clientela" el juez debe de tener en cuenta al consumidor para establecer si la conducta se configuró o no, ya que es precisamente ese agente del mercado el que generalmente será objeto de la desviación. Siendo esto así, a pesar de que los extremos de la *litis* sean dos empresarios, y de que por ello la sentencia favorezca directamente solo a uno de ellos, lo cierto es que indirectamente los consumidores se verán beneficiados. Lo anterior, en tanto que el juez de competencia desleal habrá reprochado y tomado medidas en contra de un comportamiento por el cual los consumidores fueron captados gracias al uso de maniobras no deseables, como cuando se logra atraerlos y convencerlos de adquirir productos o servicios mediante engaños, y por tanto se afectan negativamente sus decisiones de compra. En sentido similar se hizo un pronunciamiento en el auto 33056 del 2014, que resolvió sobre una solicitud de medidas cautelares. En dicha decisión el juez estudió un caso en el que encontró que la sociedad demandada no podía transmitir ciertos partidos de fútbol por no contar con autorización. Sin embargo, estaba informando a sus suscriptores y potenciales clientes que podían verlos accediendo a algunas páginas en internet, las cuales tampoco contaban con ningún tipo de autorización. Ante esa situación, la SIC adoptó una medida que claramente se encamina a proteger no solo al empresario demandante sino también a los consumidores, ya que se le ordenó a la sociedad demandada abstenerse inmediatamente de informar a sus suscriptores y potenciales clientes que contaban con la posibilidad de acceder a la señal del canal —que no puede transmitir la demandada— ingresando a unas páginas *web* que, por cierto, tampoco contaban con autorización del titular para su transmisión (SIC, 2014).

B) *Confusión*

Según el artículo 10.º de la LCD, "[...] se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos".

Mediante este artículo se logra reprimir aquellos comportamientos ejercidos por el empresario que debido a las circunstancias en que tienen lugar en el mercado logran afectar la decisión de compra del consumidor, quien al no contar con información lo suficientemente clara tampoco logra adquirir productos o servicios diáfanamente. En este mismo sentido, Baldo Kresalja afirma que

> el interés a la diferenciación en el mercado es el pilar del sistema de competencia, pues los empresarios deben ser premiados por su propio esfuerzo y no por el provecho ilícito que obtienen de otros; obviamente, el riesgo de confusión viola o ataca dicho interés. Por tanto, el que las actividades estén diferenciadas y sean distinguibles los productos, los servicios o los establecimientos interesa a los competidores *y a los consumidores*, reales o potenciales [Kresalja, 1993:13-86] [énfasis nuestro].

La SIC explicó en la sentencia 1406 del 2012 que la confusión puede tener lugar en dos vías: una de ellas opera cuando el consumidor adquiere un producto o un servicio pensando que se trata de otro (confusión directa); la otra, cuando tiene claridad sobre la diferencia entre los productos o servicios y sobre su origen empresarial pero de alguna manera se le ha llevado a pensar que entre los empresarios existe algún tipo de vínculo comercial (confusión indirecta) (SIC, 2012). De manera que en los casos relacionados con el acto desleal de "confusión" siempre será necesario analizar la forma en que la conducta denunciada logró afectar la decisión de compra de los consumidores, o su capacidad para lograrlo. Se tienen en cuenta para ello todas las circunstancias de hecho a las que estuvo expuesto el destinatario. Por ejemplo, la publicidad utilizada, la asesoría o falta de ella durante el ofrecimiento del producto o el servicio, la manera en que los productos se ponen a disposición en vitrinas o en góndolas, las diferencias de precios y, en fin, todo ese ambiente creado por el empresario para ponerlo en contacto con sus prestaciones o establecimientos. En relación con este punto, en la sentencia 2762 del 2012 se señaló lo siguiente:

> [P]iénsese que si en el mercado concurrieran dos productos idénticos cuya adquisición no implicara un grado especial de atención, dirigidos al mismo público objetivo, que fueran publicitados a través de los mismos medios y comercializados mediante los mismos canales, en el caso en que esos dos productos fueran presentados al público de manera idéntica, o de tal forma que se hiciera pensar al consumidor que tienen un mismo origen empresarial, no habría otra conclusión razonable que esa situación es idónea para que, al menos potencialmente, se genere confusión entre los consumidores en relación con los productos en cuestión [SIC, 2012].

Por otro lado, en la sentencia 780 del 2012 dijo la entidad:

> [E]n el presente caso no puede considerarse que existe el riesgo de que 'Acid-Ness' sea adquirido por un consumidor pensando que es "Acid-Mantle" o que, aunque reconozca la diferencia entre ambos, piense que tienen un mismo origen empresarial, en la medida en que, si bien entre las presentaciones existen semejanzas evidentes, lo cierto es que los productos bajo estudio son considerados como medicamentos y son percibidos por los consumidores como un "producto medicinal", lo que supone consumidores mucho más atentos al momento de efectuar su decisión de compra, circunstancia a la que se debe agregar que Tecnoquímicas incluyó dos diferencias que, ante ese especial consumidor, diluyen cualquier riesgo de confusión: de un lado, una diferencia considerable en el precio de los productos, lo que debe llamar la atención del comprador atento dado su mayor grado de cuidado, y, del otro, el producto "Acid-Ness" está amparado y se publicita también mediante la utilización de la marca sombrilla "MK", que establece un claro origen empresarial que de ninguna manera podría ser relacionado con Bayer [SIC, 2012].

Como puede observarse, a la hora de establecer si existe o no confusión el juez de competencia desleal tiene en cuenta diferentes factores que afectan directamente al consumidor. Esto muestra cómo sin hablar de *consumidor* no sería posible hablar de *confusión*, lo cual lo convierte en un elemento fundamental para la determinación de la conducta. Ahora bien: como ya lo habrá podido concluir el lector, en caso de configurarse la conducta, la orden dada por el juez a fin de remediar los efectos perjudiciales causados por ella terminará redundando en beneficio de los consumidores, a pesar de que no hayan sido los demandantes en el respectivo proceso. En ese sentido, volviendo a la sentencia 2762 del 2012, puede verse que en su parte resolutiva la SIC prohibió a la demandada "la comercialización de su producto Girasol Oleocali mediante el empleo de la presentación que dio lugar a la demanda y de cualquier otra que resulte confundible con la del producto Girasoli" (SIC, 2012). Esta orden, aunque de manera directa represente un beneficio para la demandante, es claro que también va a redundar en beneficio de los consumidores, quienes a la hora de concurrir al mercado en busca de su producto, encontrarán condiciones más transparentes que les permitan tomar adecuadamente sus decisiones.

C) *Engaño*

Señala el artículo 11 de la LCD que se considera desleal

> [...] toda conducta que tenga por objeto o como efecto inducir al público a error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.
>
> Se presume desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos, así como sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

La conducta conocida como "engaño" reprocha aquellos comportamientos en los que los consumidores ven perjudicada su decisión de compra debido a que el empresario desleal lo lleva a incurrir en un error sobre las prestaciones o el establecimiento de otro empresario. Así, es posible que debido a ese error el potencial cliente se haya abstenido de adquirir los productos o los servicios del sujeto pasivo de la conducta. Es decir que debido a ella se redujeron las opciones que en realidad tenía el consumidor, pues la errónea información lo llevó a descartar al empresario víctima. Para Fernández y Salgado,

> la calificación de una práctica como engañosa se hace depender también de su aptitud para incidir en el comportamiento económico del destinatario. A estos efectos, debe entenderse que dicho comportamiento abarca, tanto el proceso previo de formación de preferencias, como la adopción de decisiones de compra, y la postura en relación con el ejercicio y cumplimiento de los derechos emanados del contrato una vez que este se ha concluido [Fernández y Salgado: 2009-2010: 225-244].

Sobre este acto desleal, en la sentencia 824 del 2012 se precisó que,

> acorde con la doctrina especializada, la difusión u omisión de que se trate tiene carácter desleal si, además de ser susceptible de inducir a error a sus destinatarios, resulta relevante para la formación de la decisión de compra de los mencionados destinatarios de la información [SIC, 2012].

En este caso la demandada mereció reproche ante la publicación de los resultados de un estudio de medicamentos, en relación con lo cual, para la entidad, pese a que la accionada publicó unos resultados veraces,

> omitió realizar indicaciones ciertas y relevantes que le permitirían al receptor del mensaje, ya con la información suficiente, hacer

> una evaluación de la situación, para así adoptar una decisión con plena conciencia y no, como lo hizo, con la errónea convicción acerca de la efectividad de Neobon [SIC, 2012].

En relación con este mismo tema, en la sentencia 26 del 2010 puede leerse lo siguiente:

> [S]egún lo dispuesto en la norma, para que la conducta desplegada por un empresario pueda considerarse como engañosa, resulta necesario que pueda inducir en error a los consumidores o que genere falsas expectativas en los destinatarios, es decir, se requiere la potencialidad por parte de su autor de que su comportamiento inductivo provoque una reacción entre los consumidores con base en información que no corresponda a la verdad. Adicionalmente se requiere que la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas que resulten aptas para incidir, aunque sea de manera potencial, en la conducta de quienes son los destinatarios de la información emitida. Conforme a lo anterior, es claro que la conducta antes descrita busca proteger al consumidor para que su libertad de elección no resulte afectada con información que no corresponda a la realidad y establecer una competencia por méritos basada en la eficiencia de las propias prestaciones [SIC, 2010].

En estos casos nuevamente puede verificarse que no obstante quien normalmente va a demandar por la comisión de esta conducta desleal es el empresario víctima de la inducción a error, pues posiblemente perdió o va a perder a sus clientes, lo cierto es que una sentencia favorable va a beneficiar también a los destinatarios de la información errónea, que no son otros que los consumidores. Así por ejemplo, en la sentencia 010 del 2012 se ordenó a los demandados de aquel proceso abstenerse de referir un certificado de capacidad de producción en la comercialización de sus productos, pues pudo advertirse que no contaban con él. Dicha información errónea, a juicio de la autoridad,

> es absolutamente relevante para un consumidor de productos naturales y, de hecho, resulta determinante para su decisión de compra. En efecto, la confianza que genera en el consumidor el hecho de que un producto de ese tipo cuente con el respaldo del Invima debido a sus estándares de calidad en relación con aspectos fundamentales como las condiciones de higiene, técnicas, locativas y de control de calidad para la elaboración del mismo, determina, tanto su decisión de consumir el producto, como su elección entre los distintos oferentes del mismo, pues le hace creer que el alimento en cuestión va a resultar útil para satisfacer la necesidad por la cual lo adquirió [SIC, 2012].

Estos casos dejan ver de manera clara la relevancia del consumidor a la hora de establecer la configuración del acto desleal al que nos referimos, pues al ser el destinatario de la información que produce el efecto perjudicial, es claro que sin este participante no sería posible establecer si la conducta se cometió o no. Esto muy a pesar de no ser parte del proceso, pero termina él siendo la medida para la determinación del acto y además un beneficiario de la decisión tomada por el juez.

D) *Descrédito*

Según lo señalado por el artículo 12 de la LCD,

> [...] se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que tenga por objeto o como efecto desacreditar la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes.

Este artículo reprocha aquellos comportamientos en los cuales el empresario denigra de los otros empresarios. Es así como el legislador ha querido que la competencia se desarrolle de manera transparente. Que la clientela se obtenga por mérito competitivo y no introduciendo información en el mercado que no corresponda con la realidad. Por ello los empresarios deben abstenerse de hacer afirmaciones públicas que no sean correctas, que sean falsas o que omitan las verdaderas. Para Jorge Otamendi, el objetivo de la denigración "es atacar y destruir al competidor. No es la destrucción resultado de una sana competencia, es la destrucción como consecuencia de las afirmaciones hechas en su contra, y no de la libre elección del consumidor" (Otamendi, 1998:1-44). No obstante lo anterior, no debe perderse de vista que aunque se hagan afirmaciones públicas que puedan afectar el buen nombre de algún empresario, y que sean de tal magnitud que incluso puedan llevarlo a la liquidación de su empresa, si ellas reúnen la condición de ser verdaderas, exactas y pertinentes, estarán permitidas. De hecho, son deseables, puesto que introducen información que será importante que los consumidores conozcan a efectos de tomar sus decisiones de compra, como cuando, por ejemplo, alguien pone en conocimiento que un producto resulta ser altamente perjudicial para la salud.

Por lo general los pleitos por descrédito tienen lugar entre empresarios, o por lo menos así ha ocurrido a instancia judicial, puesto que es apenas normal que el primer inconforme con un comportamiento

denigratorio sea aquel cuyo buen nombre haya sido directamente afectado con las afirmaciones u omisiones.

En la sentencia 028 del 2010 se juzgó como desleal la conducta de la compañía demandada consistente en la divulgación de publicidad, teniendo en cuenta que

> realizó afirmaciones denigratorias al tildar a la nueva empresa prestadora del servicio de aseo de Bucaramanga como "persona inescrupulosa" que "está engañando a la ciudadanía". Ciertamente, los mensajes difundidos por la pasiva a sus usuarios y al público en general, son aptos para afectar el buen nombre de su competidor aquí demandante, en tanto que se transmitió el mensaje de que el nuevo oferente del servicio público de aseo desarrollaba actividades fraudulentas y engañosas contra los usuarios [SIC, 2010].

En la sentencia 4230 del 2012 se explicó que el dato estadístico e informativo utilizado en un comercial fue empleado de manera inexacta en la campaña publicitaria realizada por la demandada, lo que a juicio del juzgador

> genera una percepción diferente en el consumidor respecto del problema de la caspa y, por ende, induce en error a las personas a las que se dirige sobre una característica de los productos que resulta relevante para la decisión de compra del consumidor. Es del caso resaltar que en el evento en que se emplee cierta información que derive de un estudio —cualquiera que sea su clase—, debe corresponder siempre con los hallazgos o conclusiones a las que se hayan llegado, pues una alteración de ella puede conllevar a aplicar una indicación errónea que impacte de manera negativa en el mercado [SIC, 2012].

En un caso decidido mediante la sentencia 839 del 2012, la autoridad encontró que la demandada difundió afirmaciones incorrectas o falsas al paciente de una clínica odontológica —de propiedad de la demandante—, por intermedio de un ortodoncista vinculado a la clínica de la demandada. Lo anterior, en relación con la efectividad del tratamiento que se le había realizado. Para la SIC,

> es claro que la información que otorga un profesional de la salud oral, especialista en ortodoncia, es absolutamente relevante para un consumidor de ese tipo de servicios odontológicos y que la misma resulta determinante para su decisión de adquirir el servicio. En efecto, la confianza que genera el concepto del mencionado profesional incide tanto en su decisión de contratar el servicio, como en su elección entre los diferentes oferentes del mismo, pues le hace

> creer que el diagnóstico recibido va a resultar útil para satisfacer la necesidad por la cual decidió adquirir el servicio odontológico [SIC, 2012].

Estas decisiones permiten ver que para analizar el "descrédito" es necesario tener en cuenta, casi siempre, al consumidor, pues se trata en muchas ocasiones del destinatario de la información. Además, es importante en cada caso revisar qué tipo de información se divulgó, qué tanta relevancia podía tener para los destinatarios o qué tanta capacidad para afectarlos en sus decisiones. En esa medida, una sentencia a favor del empresario víctima de las afirmaciones denigratorias también va a beneficiar a los consumidores, pues tal decisión corregirá la información disponible en el mercado, que finalmente es la que ellos utilizan cuando deben decidir cuáles productos o servicios adquirir.

E) *Comparación*

El artículo 13 de la LCD establece:

> [...] se considera desleal la comparación pública de la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, cuando dicha comparación utilice indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, u omita las verdaderas. Así mismo, se considera desleal toda comparación que se refiera a extremos que no sean análogos, ni comprobables.

Para hablar de esta conducta, es fundamental señalar que la comparación de prestaciones y establecimientos no es en sí misma un comportamiento desleal. Tal como pasa con varios de los artículos de la LCD, lo que se reprocha son las circunstancias en que se realiza. En el caso de la comparación desleal, esta es motivo de reproche cuando en el ejercicio comparativo se utiliza información que de alguna manera no corresponda con la realidad, por ejemplo cuando se utiliza información falsa, se incurre en imprecisiones o simplemente se omite la verdad.

Por ello, bajo la legislación colombiana los empresarios están en posibilidad de utilizar estrategias para la promoción de sus productos y servicios en las que se comparen públicamente con sus competidores. Podrían hacerlo incluso utilizando, en la comparación, las marcas registradas de aquellos, en la medida en que ese proceder no se consideraría *per se* desleal, ni infractor de los derechos de propiedad industrial del titular de la marca. Así lo ha dejado claro la Decisión 486 del 2000, que en su artículo 157 establece que

> el registro de la marca no confiere a su titular, el derecho de prohibir a un tercero usar la marca para anunciar, inclusive en publicidad

> comparativa [...], siempre que tal uso sea de buena fe, se limite al propósito de información al público y no sea susceptible de inducirlo a confusión sobre el origen empresarial de los productos o servicios respectivos.

Para Barona, la comparación se tipifica

> como ilícito desleal por afectar a la protección que los consumidores requieren en el mercado. Nos hallamos ante un instrumento más de manipulación de los consumidores en el mercado a través de la difusión pública de la comparación. Esta manipulación se halla directamente vinculada a todas aquellas conductas reprochables de deslealtad en la legislación sobre competencia desleal que inducen a error, que confunden, que engañan a los consumidores y, de ese modo, les manipulan para que estos adquieran determinadas prestaciones o determinados productos que se les ofrecen en el mercado [Barona, 2008:458-459].

En la sentencia 0043 del 2011 se estudió un caso en el que se pudo establecer que la sociedad demandada había hecho una comparación pública entre su medicamento y uno de origen chileno cuyo nombre, "Tinox", era el mismo que el comercializado por la demandante en Colombia. Esto llevó a que entre algunos médicos surgieran dudas relacionadas con las desventajas del medicamento de la compañía demandante y por ello decidieron no volverlo a formular a sus pacientes. Para la SIC en este caso, el comportamiento analizado

> tuvo como resultado la inducción a error de algunos de sus destinatarios respecto de las calidades del producto ofrecido por las demandantes, tanto mas si se considera que pese a que se trató de un estudio realizado por la Universidad de Chile, no se aclaró suficientemente, que no versaba sobre el 'TINOX' ofrecido en Colombia [SIC, 2011].

Observemos cómo en este caso la comparación desleal llevó a que los medicos se abstuvieran de formular un medicamento a sus pacientes, y aunque posiblemente —esto es apenas una suposición— la accionante formuló su demanda buscando solo la protección de sus propios intereses, es evidente que los consumidores también pudieron verse afectados ante la abstención de los médicos de continuar formulándoles ese medicamento, y, en esa medida, una decisión favorable a las pretensiones habría de beneficiarlos también.

Es así como, desde el punto de vista del consumidor, la comparación pública de prestaciones y de establecimientos juega en su favor. Esto

por cuanto la comparación realizada en las condiciones aceptadas por la ley le permite contar con información más completa sobre las ventajas que algunos productos o servicios pueden llegar a tener sobre otros y de esa forma tomar una mejor decisión a la hora de escoger aquel con el que va a satisfacer su necesidad. Por ello, el análisis de la conducta debe necesariamente incluir la percepción del consumidor, y por ello también las decisiones judiciales logran su protección por una vía indirecta. Lo dicho puede corroborarse, por ejemplo, en el auto 34652 del 2012, en el que la SIC, al resolver una solicitud de medidas cautelares, analizó la publicidad realizada por la sociedad demanda en ese momento, en la que hacía una comparación de sus productos con los de otro competidor. Pues bien, una vez corroborado de manera preliminar la configuración del acto desleal de comparación, ordenó suspender inmediatamente la difusión de la publicidad, ya que se podría sesgar la decisión de compra de los consumidores (SIC, 2012). Sin duda, una decisión en este sentido no beneficia únicamente al empresario que fue víctima de la comparación, sino también a los consumidores, pues el retiro de la publicidad limita la información que está a su disposición y así construir sus decisiones de compra sin sesgos.

F) *Imitación*

Según el artículo 14 de la LCD,

> La imitación de prestaciones mercantiles e iniciativas empresariales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por la ley. No obstante, la imitación exacta y minuciosa de las prestaciones de un tercero se considerará desleal cuando genere confusión acerca de la procedencia empresarial de la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación ajena. La inevitable existencia de los indicados riesgos de confusión o de aprovechamiento de la reputación ajena excluye la deslealtad de la práctica. También se considerará desleal la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales de un competidor cuando dicha estrategia se halle encaminada a impedir u obstaculice su afirmación en el mercado y exceda de lo que según las circunstancias, pueda reputarse como una respuesta natural del mercado.

Nuevamente la LCD nos muestra una regla general sobre conductas permitidas en el mercado, pero que al sobrepasar ciertos límites se convierten en desleales. En efecto, en Colombia los empresarios gozan de la facultad de imitar las prestaciones mercantiles y las iniciativas de otros empresarios. Lo anterior por cuanto la existencia de esa libertad,

en últimas, promueve no solo la competencia sino la innovación, en la medida en que quien logra crear una prestación original, que pasa a ser imitada por un competidor, estará motivado para continuar creando nuevas prestaciones o para mejorar las que ya tiene, y de esa forma alejarse de aquel que lo imitó. En este mismo sentido, para Eva Domínguez, "puede afirmarse, en definitiva, la íntima conexión que existe entre innovación e imitación, al desencadenar la imitación un proceso de difusión de la innovación en el mercado que estimula la actividad innovativa, [*sic*] y por ello la competencia" (Domínguez, 2011:309-337).

Tal comportamiento, al ser la regla general en el mercado, solo tiene un carácter desleal en los siguientes casos:

(a) Si se trata de una prestación amparada por la ley: es evidente que si la prestación o la iniciativa se encuentra amparada por una ley no es posible aplicar la regla de libre imitación. Es este el caso, por ejemplo, de aquellas prestaciones amparadas por las leyes de propiedad industrial, las cuales, por otorgar derechos de exclusiva, excluyen la posibilidad de ser imitadas.

(b) Si con la imitación se generan ciertos efectos negativos en el mercado: si las condiciones en que se lleva a cabo la imitación generan confusión entre los consumidores o implican que haya un aprovechamiento indebido de la reputación del imitado, la conducta debe ser reprochada.

(c) Si se advierte que la imitación hace parte de una estrategia encaminada a afectar a un competidor, en el sentido de impedirle o hacerle más difícil su afirmación en el mercado: esto merece reproche si se tiene en cuenta que una imitación hecha en esas condiciones parece más una conducta que genera ventajas al imitador, no por su mérito competitivo, sino porque acude a una estrategia de obstaculización abusando de su derecho a imitar.

Es necesario ser cuidadosos en el análisis de este tipo de casos, pues puede pasar que se incurra en un error al pensar que se está frente a un caso de imitación desleal cuando en realidad se está frente a uno de confusión, a pesar de que son ciertamente distintos. Al respecto, en la sentencia 001 del 2011 se precisó que

> el acto desleal de imitación se proyecta sobre las prestaciones mercantiles y las iniciativas empresariales ajenas, es decir, sobre el producto o servicio en sí mismo, que corresponde a las creaciones que, encaminadas a satisfacer una necesidad técnica o estética, constituyen la propia prestación (creación material); mientras que el objeto del acto desleal de confusión está constituido por los medios de identificación empresarial, esto es, los signos distintivos

> y, en general, los elementos de otras ofertas que concurren al mercado, ejemplo de lo cual es la presentación de los empaques de un producto (creación formal) [SIC, 2011].

En la sentencia 1953 del 2012, la SIC estudió un caso en el que se demostró que el demandado comercializaba una silla que resultó ser una imitación exacta y minuciosa de un modelo de silla que comercializaba la sociedad demandante, y cuyas características le otorgaban singularidad competitiva. No obstante, las pretensiones —en lo que se refiere a este acto desleal— fueron negadas debido a que con dicha imitación no se estaba generando confusión ni explotación de la reputación ajena. Es de resaltar de la providencia que para el descarte de la imitación desleal fue determinante el análisis hecho sobre el entorno al que el consumidor era expuesto en la comercialización de los productos enfrentados. De ahí pudo extraerse que diferencias como el precio, la atención en los canales de comercialización, entre otras, no permitían llegar a concluir que se estaba frente a un caso de deslealtad. Solo para citar un aparte de la decisión, allí puede leerse:

> [E]n efecto, el dictamen pericial [...], en una de sus conclusiones relacionadas con el nivel de confusión que podrían generar estas dos sillas en el mercado, señaló que "disminuye significativamente cuando la etiqueta con la marca está presente en la silla, bajando al 25%, lo que indica que el 75% restante no se confunde y diferencian las dos sillas. Se debe tener muy presente que esta es la situación real de mercado, encontrar las sillas con etiqueta; lo que además se puedo comprobar en el sondeo de mercado". Lo anterior permite concluir que la etiqueta que acompaña estos productos en su presentación en el mercado, ubicada en la parte frontal de los mismos, es un elemento determinante para su distinción que claramente disminuye el riesgo de confusión, pues las hace diferentes y hace que sea más fácil distinguir una silla de la otra [SIC, 2012].

Observemos cómo la consagración de la imitación como un acto de competencia desleal es totalmente apta para proteger al consumidor. Esto si tenemos en consideración que aunque con la libertad de imitar se generan incentivos para la competencia y la innovación, la ley la vuelve reprochable cuando se causan efectos negativos que inciden directamente en la decisión de compra de los consumidores, como cuando a partir de ella estos no tienen claridad sobre el origen empresarial de la prestación a la que están accediendo. Es así como el interés de los empresarios en imitar debe ceder ante el interés del sistema de proteger a los consumidores.

G) *Explotación de la reputación ajena*

En los términos del artículo 15 de la LCD,

> Se considera desleal el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado. Sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Penal y en los tratados internacionales, se considerará desleal el empleo no autorizado de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas o engañosas aunque estén acompañadas de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como "modelo", "sistema", "tipo", "clase", "género", "manera", "imitación", y "similares".

Sobre esta conducta, la SIC precisó en la sentencia 2449 del 2012 que se trata de una forma parasitaria de competir, en la medida en que el competidor desleal busca una posición de privilegio en el mercado valiéndose del esfuerzo económico e intelectual de un tercero y del buen nombre de que goza. Esto le permite al actor de la conducta aprovecharse ilegítimamente de lo que el tercero proyecta en el escenario del mercado, los valores que transmite, las simpatías que despierta y las afinidades que genera (SIC, 2012). En este sentido, Massaguer enseña que

> la acción tipificada como explotación de la reputación ajena se encuentra básicamente definida por su resultado (efectivo o posible): aprovechamiento indebido de las ventajas de la reputación adquirida por un tercero en el mercado, sea de su reputación industrial, comercial y profesional [Massaguer, 1999:366].

En el auto 21676 del 2012, la SIC estudió un caso en el que se planteaba que los demandados se encontraban fabricando y comercializando, sin autorización, una cerveza similar a la que consumía un personaje dentro de la serie de televisión conocida como "Los Simpson". Una vez la autoridad de manera preliminar consideró que se estaba ejecutando la conducta desleal, ordenó a los demandados, entre otras,

> suspender inmediatamente la comercialización de la cerveza empleando la marca "Duff" o cualquier otra expresión, signo o forma particular que resulte alusiva al producto presentado en el programa de televisión "[L]os Simpson", que evoque a cualquiera de sus personajes o que implique el aprovechamiento de la reputación de los signos de Fox [SIC, 2012].

Por otro lado, en una decisión tomada en la etapa cautelar, en el auto 73747 del 2015 la SIC consideró que

> las conductas ejecutadas por las accionadas, consistentes en (a) promocionar y llevar a cabo una obra musical que es una adaptación de la película "Frozen", (b) utilizar el nombre de la obra cinematográfica de Disney, (c) usar la misma tipografía de la película "Frozen" y (d) utilizar los personajes de "Frozen" para la promoción de su obra musical, todo lo anterior sin contar con la autorización de quien se ha encargado de posicionar esa obra en el mundo y en Colombia, esto es, Disney, son todas ellas conductas que resultan preliminarmente constitutivas del acto desleal de explotación de la reputación ajena. En efecto, teniendo en cuenta lo explicado anteriormente, todo este comportamiento de las demandadas les permite adquirir una posición privilegiada en el mercado de manera parasitaria a costa del esfuerzo que ha hecho Disney para adquirir la amplia reputación que logró con la obra cinematográfica Frozen [SIC, 2015].

Vale la pena resaltar —para el propósito de este escrito— que la parte resolutiva de esta providencia ordenó que los sujetos pasivos de las ordenes cautelares no continuaran cometiendo el comportamiento desleal, pero además ordenó devolver a los consumidores el dinero correspondiente al valor de las boletas pagadas para asistir a la obra que mereció el reproche de la entidad.

Estas providencias no dejan duda sobre la protección al consumidor a través de este tipo de procesos. En el caso de la cerveza de "Los Simpson", es evidente que la orden de suspender la comercialización del producto redunda en beneficio de los destinatarios de este, quienes ya no lo van a tener a disposición por ser el resultado de un comportamiento reprochable. Por otro lado, en el caso de "Frozen", la orden de devolver los dineros a los consumidores a pesar de no encontrarse vinculados al proceso muestra de manera clara cómo terminan siendo beneficiados de una orden judicial proferida en el marco de un proceso por actos de competencia desleal, a pesar, insistimos, de no estar vinculados al trámite.

Conclusión

Aunque en los procesos judiciales por actos de competencia desleal quienes normalmente integran los extremos procesales son los empresarios, eso no significa que las decisiones proferidas, ya sea a instancia cautelar o en una sentencia, no sean aptas para la protección de los consumidores. En efecto, una revisión de la práctica judicial en

Colombia en torno a este tipo de asuntos no deja duda sobre la efectividad —aunque indirecta— de la acción de competencia desleal para la protección de los consumidores, quienes se convierten en la medida necesaria para la configuración de la conducta y por ese camino terminan siendo beneficiarios de la decisión judicial.

BIBLIOGRAFÍA

Barona Vilar, S. (2008). *Competencia desleal tutela jurisdiccional (especialmente proceso civil) y extrajurisdiccional*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Domínguez Pérez, E. (2011). Algunas cuestiones sobre la distribución de productos de imitación: el aprovechamiento de la reputación ajena desde la perspectiva del derecho de marcas y del derecho contra la competencia desleal. En *Marcas y Distribución Comercial* (pp. 309-337). España, Universidad de Salamanca.

Fernández Carballo-Calero, P. y Salgado André, E. (2009-2010). Actos de engaño y omisiones engañosas en la Ley de Competencia Desleal (análisis de los arts. 5 y 7 LCD). En *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, tomo XXX (pp. 225-244).

García Pérez, R. (2008). *Ley de Competencia Desleal*. España: Aranzadi.

Kresalja, B. (1993). Comentarios al Decreto-Ley 26122 sobre represión de la competencia desleal. En *Revista Derecho PUCP*, n.º 47, pp. 13-86.

López Raygada, P. (agosto del 2007). La cláusula general como elemento esencial en la configuración de los actos de competencia desleal enunciados y no enunciados. En *Themis Revista de Derecho*, n.º 54 (pp. 287-308).

Massaguer, J. (1999). *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid: Civitas.

Otamendi, J. (1998). La competencia desleal. En *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, n.º 2 (pp. 1-44).

Sandoval Gutiérrez, J. (enero-junio, 2016). Medidas cautelares innominadas en procesos de competencia desleal y en acciones por infracción de derechos de propiedad industrial, ¿un camino hacia el prejuzgamiento?, en *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal* n.º 43 (pp. 153-176).

Otros

Congreso de la República de Colombia, Ley 256 del 18 de enero de 1996.

Perú, Comisión de la Comunidad Andina, Decisión 486 del 14 de septiembre del 2000.

Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Auto 21676 del 1.º de agosto del 2012, expediente 12128599.

Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Auto 34652 del 3 de diciembre del 2012, expediente 12217229.

Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Auto 33056 del 17 de julio del 2014, expediente 14149079.

Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Auto 73747 del 21 de septiembre del 2015, expediente 15221940.

Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Sentencia 26 del 6 de diciembre del 2010, expediente 04102822.

Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Sentencia 028 del 16 de diciembre del 2010, expediente 06052478.

Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Sentencia 001 del 12 de enero del 2011, expediente 04060765.

Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Sentencia 028 del 17 de mayo del 2011, expediente 08113840.

Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Sentencia 0043 del 11 de julio del 2011, expediente 04084571.

Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Sentencia 010 del 20 de enero del 2012, expediente 09068877.

Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Sentencia 780 del 29 de febrero del 2012, expediente 05046347.

Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Sentencia 824 del 29 de febrero del 2012, expediente 04053843.

Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Sentencia 839 de 29 del febrero del 2012, expediente 08068092.

Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Sentencia 1406 del 30 de marzo del 2012, expediente 07104981.

Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Sentencia 1953 del 30 de abril del 2012, expediente 04060765.

Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Sentencia 2449 del 29 de mayo del 2012, expediente 09041964.

Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Sentencia 2762 del 31 de mayo del 2012, expediente 10101606.

Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Sentencia 3297 del 29 de julio del 2012, expediente 10102759.

Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Sentencia 4230 del 31 de julio del 2012, expediente 09062822.

Capítulo XIII

El usuario de servicios públicos domiciliarios y su régimen de protección constitucional en sede de tutela, más allá del Estatuto del Consumidor*

Antonio Alejandro Barreto Moreno**

Introducción

La calidad de *usuario*[1] de un servicio público domiciliario pone a ese ciudadano en el centro de un amplio arsenal de derechos que lo protegen y que lo diferencian de aquella que de forma imprecisa lo califica como un *consumidor*. Este escrito busca criticar los intentos legales (Congreso de la República, Ley 142 de 1994) y jurisprudenciales que asimilan ambas nociones, como si entre ellas no existieran disparidades de fondo; en este sentido, se sustentará la impertinencia de incluir en el usuario el elemento económico que es central en el esquema de

* Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2017.173.

** Profesor de planta y director del Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de la Sabana. Doctor y magíster en Derecho de la Universidad de los Andes, pasantía doctoral de la Universidad de Nantes (Francia), abogado egresado de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Miembro del grupo de investigación Justicia, Ámbito Público y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana. Correo electrónico: antonio.barreto@unisabana.edu.co. El autor agradece el apoyo de Paula Andrea López, estudiante destacada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana, quien participó activamente en la elaboración de la línea jurisprudencial que soporta este escrito.

[1] Se utilizará la palabra "usuario" como aquel que recibe un servicio público domiciliario, mientras que "consumidor" será quien se beneficie de un bien o servicio distinto de aquel y cuya característica central será la relación económica, esto es, que adquiera, disfrute o utilice un bien o servicio para satisfacer sus necesidades de consumo. Normalmente, al consumidor se le otorga una participación activa en el mercado, acude a los proveedores, productores o intermediarios a satisfacer necesidades no esenciales, mediante un acto voluntario, racional y libre.

protección del consumidor, para resaltar el contenido de derechos que supone la prestación de un servicio público domiciliario, como lo ha reconocido desde el año 1992 la Corte Constitucional de Colombia.

Como he caracterizado en otro escrito (Barreto, 2014), el sector de aguas ha sido reconocido por tratados internacionales, normas locales y decisiones judiciales como "bien esencial", "bien de uso público", "recurso concesionado de forma limitada", "derecho colectivo", "derecho humano", derecho fundamental", "elemento vital", "ordenador del territorio", "fundamento de gobernanza", entre otros; eso supone que deba mirarse con una óptica diferente, porque como se observa, hay un vínculo indisoluble entre el servicio y el derecho.

El efecto de esa peculiaridad genera, por ejemplo, que por encima de las relaciones económicas involucradas esté la protección del servicio como un derecho. Pero el sector de aguas no es el único servicio público domiciliario (Ley 142 del 2009, art. 1.º, modificada por la Ley 1341 del 2009) que ha sido catalogado o por lo menos relacionado con derechos fundamentales, particularmente reconocido a personas en condiciones especiales como menores de edad, adultos mayores, personas con discapacidad, madres cabeza de familia, desplazados, enfermos, indígenas y personas de bajos ingresos, entre otros[2].

La Corte Constitucional desde sus inicios (T-578 de 1992) ha protegido el suministro de agua potable, esto es, el servicio de acueducto, como derecho conexo a la vida y luego como un derecho fundamental (T-270 del 2007) frente a usuarios generales y particularmente a sujetos de especial protección (T-163 del 2014); esta cualificación también la ostenta el servicio de alcantarillado, elevado también a derecho fundamental por la misma Corte (T-207 de 1995, T-567 del 2011 y T-082 del 2013); el mismo tribunal ha reconocido especial protección frente al servicio de energía eléctrica por conexidad con otros derechos (T-793 del 2012 y T -761 del 2015) y en el mismo sentido lo ha hecho con el gas natural (T-752 del 2011) y el saneamiento básico de residuos sólidos o servicio de aseo (T-707 del 2012). A partir de esta tendencia, no es descabellado aventurarnos a pensar que los servicios llamados "domiciliarios" en un futuro serán todos derechos fundamentales, al

[2] Los servicios públicos domiciliarios según la legislación vigente son: acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica y distribución de gas combustible. Otros servicios públicos como la salud, la educación, la justicia son igualmente derechos fundamentales y frente a ellos también se reprocha su valoración exclusivamente desde un aspecto mercantil, pero este escrito no pretende estructurar una tesis omnicomprensiva de ellos, sólo se referirá a los primeros.

igual que otros servicios que no son así catalogados, como la internet o la telefonía.

Así las cosas, se defenderán las siguientes hipótesis: (1) Se promoverá la idea de desligar la aplicación de reglas generales del consumo a los servicios públicos domiciliarios, para dar lugar a la aplicación de parámetros propios que hagan prevalecer los derechos del usuario frente a las leyes mercado; (2) Se revisará la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sede de tutela para validar la confusión de términos entre *usuario* y *consumidor* y la relevancia de generar vía precedente reglas propias para el primero que superpongan la protección de derechos constitucionalmente reconocidos a intereses de mercado.

Para organizar el escrito, se dividirá en dos partes así: (1) Usuario y consumidor, sujetos de especial protección con características diferentes y (2) Línea jurisprudencial, el uso de los conceptos de "consumidor" y "usuario" en decisiones de tutela de la Corte Constitucional, de confusión a precisión y medio efectivo de protección.

1. Usuario y consumidor, sujetos de especial protección con características diferentes

Los términos *consumidor* y *usuario* son utilizados como sinónimos por la Ley 1480 del 2011 y la Ley 142 de 1994, al decir que "se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario" y refiere a un individuo que recibe bienes o servicios para la satisfacción de sus intereses.

No obstante, se sostendrá que es necesario precisar las dos nociones con varios objetivos; el primero, se dirá que la condición de usuario exige un régimen de protección propio y diferenciado que recoja no solo las variables particulares del servicio sino parámetros constitucionales que han sido construidos por el alto tribunal de la materia durante más de veinte años; el segundo, promover el fortalecimiento de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios como ente especializado en la protección de los usuarios, que aplique los parámetros constitucionales señalados por las altas cortes y asuma la carga, como sus funciones lo señalan, de proteger a los usuarios por encima del mercado; finalmente, se pretende disminuir la carga comercial que supone la calidad de consumidor frente a la de usuario, para poner en el centro del discurso lo relativo a derechos.

El artículo segundo del Estatuto del Consumidor (Ley 1480 del 2011) señala que "Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general

a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía *respecto de los cuales no exista regulación especial*, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta ley" (énfasis agregado). Ante la existencia de regulación especial en el caso de los servicios públicos domiciliarios, los usuarios no están sometidos a las reglas del consumidor ni al estatuto citado: aquellos cuentan con unas normas de protección especial que han sido diseñadas por el legislador, la administración pública y complementadas por los jueces conforme su connotación particular.

Pero en Colombia la normativa los toma como si fuesen sinónimos, sin tener en cuenta el tipo de relación que se genera, ni la naturaleza del servicio; desde la definición de "servicio público domiciliario" que ha recogido la Corte Constitucional en varias decisiones pueden derivarse diferencias: "Los servicios públicos domiciliarios son una especie del género servicios públicos y se caracterizan, en líneas generales, por llegar al usuario y/o suscriptor a través de sistemas de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas y sitios de trabajo, y por cumplir la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas" (C-075 del 2006). Se hace énfasis en tres aspectos; (1) el mecanismo de conducción, que salvo el aseo es a través de redes; (2) hacen parte de la estructura física del bien inmueble y (3) su esencialidad.

Además, se agrega que en los servicios públicos domiciliarios el usuario no tiene mayores posibilidades de elección, usualmente debe recibirlos obligatoriamente por un único proveedor ante la dificultad de generarse competencia en el sector y considerarse mercados con tendencia hacia el monopolio; quizá pueda existir excepcionalmente pluralidad de prestadores y ahí el usuario elegirá entre ellos, pero no es lo usual en una misma zona, ni para todos los servicios domiciliarios. Sin embargo, luego de la elección en este evento, desvincularse es para el usuario una tarea particularmente dispendiosa.

En ese sentido, la regulación del contrato de condiciones uniformes ubica al usuario en una posición muy particular porque normalmente no manifiesta su voluntad frente a su vinculación o las reglas de la provisión del servicio. ¿Alguien acaso ha suscrito un contrato de prestación del servicio o sus modificaciones? No es lo usual; de hecho la ley suple en varias ocasiones la voluntad del usuario, como la presunción de cesión en caso de enajenación (art. 129 Ley 142 de 1994) o también otorga la función a las comisiones de regulación (art. 73

Ley 142 de 1994) para suplir esa voluntad. En ese sentido, la carga de protección de la estructura estatal debe necesariamente aumentar, al suplir la voluntad del usuario.

Los términos *usuario* y *consumidor* son utilizados como sinónimos, y en consecuencia se confunden. El Estatuto del Consumidor en su artículo 5.º numeral 3 los define así: "Toda 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*" (s. n.).

Así mismo, la Ley 142 de 1994 en su artículo 14 numeral 33 define al usuario como la "Persona natural o jurídica que se beneficia con la prestación de un servicio público, bien como propietario del inmueble en donde este se presta, o como receptor directo del servicio. *A este último usuario se denomina también consumidor*" (s. n.). Con esto les da la misma connotación.

Por su parte, la Red Nacional de Protección al Consumidor ha expresado lo siguiente: "Los sujetos considerados consumidores adquieren productos y los agotan y/o extinguen con el uso, por lo tanto, no tendrán la consideración de *consumidores o usuarios* quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción y/o transformación (en cuyo caso serán considerados productores), o comercialización (en cuyo caso serán considerados proveedores). Se considera consumidor aquel que adquiere productos para satisfacer una necesidad empresarial cuando no esté íntimamente ligada a su actividad económica, es decir, cuando el sujeto adquiere un producto que esté por fuera de su esfera de especialidad".

Quizá en un sentido diferente, el artículo 78 de la Constitución Política parece distinguir las dos nociones, al indicar que "La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios".

Como se vio, existen argumentos para distinguir a los usuarios de servicios públicos domiciliarios de los consumidores: por una parte, los derechos involucrados en la prestación de estos y la gran carga de

protección constitucional (1.1), y la existencia, por otra parte, de un régimen especial que suple cualquier necesidad de protección vía legal y constitucional, sin que sea necesario acudir a las reglas generales del Estatuto del Consumidor (1.2).

A) *Derechos involucrados en la prestación de los servicios públicos domiciliarios*

En la relación que se suscita entre los usuarios y las empresas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios existen derechos y deberes, que deben ser respetados y cumplidos a cabalidad por las partes; dado que el usuario es la parte débil de dicha relación, se le da a este una especial protección.

Con esa lógica, la Constitución Política de Colombia protege a los usuarios, tal como se observa en sus artículos 1, 13, 15, 23, 29 y 83, de donde se pueden extraer derechos tales como al trato digno, a no ser discriminado, a recibir información clara y oportuna, a presentar peticiones y obtener pronta respuesta, al debido proceso, a que se preserve su confianza legítima, entre otros.

El artículo 369 de la misma Carta reserva al legislador la tarea de determinar cuáles son los derechos y deberes que tienen los usuarios, cuál es su régimen de protección, cómo pueden participar en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que sean prestadoras de los servicios públicos domiciliarios, entre otros aspectos, con miras a garantizar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, así como satisfacer necesidades básicas de salud, de educación, de saneamiento ambiental, entre otras.

En el mismo año de la Constitución Política se expide el Estatuto Nacional de Usuarios de los Servicios Públicos Domiciliarios, Decreto 1842 de 1991, que destaca los derechos a los servicios públicos domiciliarios, a la prestación de estos, al cobro individual, a recibir copia de la factura, a solicitar asesoría técnica, al descuento por falla en la prestación de servicio, a la reclamación o queja, a la asesoría en caso de reclamación, entre otros.

Pero esta norma perdió vigencia rápidamente en algunos de sus aspectos, debido a la expedición del régimen fundamental de estos servicios en nuestro medio, la Ley 142 de 1994. Para la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (2001) esta norma derogó tácitamente algunos aspectos del decreto, pero dejó vigentes aquellos que no la contradicen: "[...] con la expedición de la Ley 142 de 1994 perdieron

vigencia las disposiciones del Decreto 1842 de 1991 (arts. 61, 62 y 63) que reglamentaban la conformación y funcionamiento de los Comités de Quejas y Reclamos. Estos fueron sustituidos por los comités de Desarrollo y Control Social, con un espectro más amplio, pues les fueron asignadas funciones encaminadas a asegurar la participación de los usuarios en la gestión y fiscalización de las empresas de servicios públicos. En otras palabras, de la limitada función de simple veeduría, se dio paso a una participación más amplia y democrática".

No obstante, el magistrado Alier Hernández Enríquez señaló en una providencia (2001) "que la Ley 142 es posterior al decreto 1842 de 1991, que se trata de una ley que regula de manera general las actividades relacionadas con los servicios públicos domiciliarios, el decreto 1842 no está vigente, sus preceptos quedaron insubsistentes, tal como lo dispone la regla mencionada, salvo aquellos que fueron incorporados en la Ley 142, por supuesto".

La Ley 142 de 1994 puede definirse como un completo régimen de protección a los usuarios, que incluye la existencia de comisiones de regulación y una superintendencia del ramo cuyas funciones se relacionan con su amparo. Por esto, en su artículo 9.º consagra los derechos que tienen estas personas a obtener de las empresas la medición de sus consumos reales mediante instrumentos tecnológicos apropiados, dentro de plazos y términos que para los efectos fije la comisión reguladora, con atención a la capacidad técnica y financiera de las empresas o las categorías de los municipios establecidas por la ley, además de la libre elección del prestador del servicio y del proveedor de los bienes necesarios para su obtención utilización y obtener los bienes y servicios ofrecidos en calidad o cantidad superior a las proporcionadas de manera masiva, siempre que ello no perjudique a terceros y que el usuario asuma los costos correspondientes, solicitar y obtener información completa, precisa y oportuna, sobre todas las actividades y operaciones directas o indirectas que se realicen para la prestación de los servicios públicos, siempre y cuando no se trate de información calificada como secreta o reservada por la ley y se cumplan los requisitos y condiciones que señale la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

B) *Régimen especial de la protección del usuario de servicios públicos domiciliarios*

Los usuarios merecen una especial protección en el desarrollo de su relación con las empresas prestadoras, pues son ellos la parte débil

de dicha relación; cualquier falla en la prestación de los servicios o su prestación ineficiente puede ocasionar problemas y falencias en la calidad de vida de los usuarios.

Sobre la regulación en el desarrollo de los servicios públicos domiciliarios, cada área de prestación de determinado servicio tiene varios ítems que le permiten ejercer la prestación del servicio a los usuarios; por ejemplo, en el sector de energía y gas se encuentran los siguientes: la energía prepago, que se refiere a la facturación, compensaciones, recursos, entre otros, las desviaciones significativas, que se refieren a los incrementos y disminuciones de consumo, revisiones quinquenales en gas, y el debido proceso en recuperación de energía (fórmula para recuperar consumos); y en el sector de acueducto, alcantarillado y aseo, los ítems son: "Descuentos por calidad en el servicio, Prepago del agua (no hay regulación), Devoluciones (forma de hacerlo para que no genere impacto en los prestadores), Regulación para el cobro del agua en carrotanques, Unidad Independiente (Aseo) – No hay definición, barrido y limpieza cuando hay dos prestadores", según la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en la protección del usuario o consumidor de los servicios públicos domiciliarios (SSPD, 2007).

Todo el complejo entramado de regulación de los servicios públicos domiciliarios, compuesto por normas emitidas por el legislador, el Gobierno, las comisiones de regulación, las superintendencias, los jueces, los municipios, las propias empresas prestadoras del servicio público, atienden a una razón principal: la protección de los usuarios; se enuncian la Ley 142 de 1994 y el Decreto 1842 de 1991 como estatutos básicos de protección, pero no son los únicos que buscan ese fin, de hecho toda la estructura regulativa diseñada en nuestro país debe dirigirse principalmente a ello.

Se puede afirmar sin duda que el usuario ocupa plaza central en la regulación de los servicios domiciliarios; que en Colombia la organización administrativa con influencia en ellos pretende favorecer el acceso garantizando calidad, cantidad, confiabilidad y continuidad a los servicios. Sin embargo, es necesario que los usuarios conozcan la especialidad de estos, sus derechos, de tal forma que puedan tener una participación activa en la relación usuario-regulador.

Existen normas relacionadas con la protección de los usuarios dependiendo el sector de los servicios públicos domiciliarios. En el sector de energía y gas se resalta la resolución CREG 108 de 1997, que estableció normas sobre la medición del consumo en los barrios subnormales; y en

el sector de acueducto, alcantarillado y aseo se encuentra la resolución CRA 151 del 2001, que es la regulación integral de esos servicios.

También la resolución CRA 712 del 2015, "por la cual se hace público el proyecto de Resolución 'por la cual se modifica, adiciona y aclara la Resolución CRA 688 del 2014', se da cumplimiento a lo previsto por el numeral 11.4 del artículo 11 del Decreto 2696 del 2004, y se inicia el proceso de discusión directa con los usuarios y agentes del sector". En junio del 2014 se expidió la Resolución CRA 688 del 2014, que estableció la metodología tarifaria para las personas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado con más de cinco mil suscriptores en el área urbana; pero tuvo muchos problemas de redacción, por los cuales la CRA consideró que se deben corregir, y precisamente por esa razón se expide la resolución en mención, los aspectos que se deben modificar, adicionar, aclarar y someter a participación ciudadana son el año base de aplicación de la resolución y el año previo a la aplicación, redefinir los plazos para presentar la autodeclaración de inversiones a cargo de los prestadores y re-expresar a pesos de diciembre del 2014 los cálculos de los costos administrativos eficientes estándar y los costos operativos comparables eficientes estándar por suscriptor; también se consideró necesario modificar la fecha desde la cual inicia la aplicación de las tarifas y la vigencia de la fórmula tarifaria, "alcance del ámbito de aplicación de la resolución, particularmente en aspectos relacionados con los sistemas de interconexión, los mercados regionales, las condiciones para la expedición de la certificación de viabilidad y disponibilidad del servicio previstas en el Decreto 3050 del 2013 en el área de prestación del servicio; el cálculo del DEA para áreas de prestación del servicio con un mismo sistema interconectado, la aplicación de los criterios de segmentación, los plazos y los criterios para calcular los costos administrativos; Que en reuniones sostenidas con la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, se evidenció la necesidad de aclarar la obligación de los prestadores de presentar la auto-declaración de inversiones, particularmente para facilitar el ejercicio de las acciones de inspección, vigilancia y control propias de dicha entidad".

Uno de los documentos relativos al nuevo marco de acueducto es la Resolución CRA 717 del 2015, con la que se presenta el proyecto de resolución. En esta "se establece la metodología tarifaria para las personas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado que atiendan hasta 5.000 suscriptores en el área urbana y aquellas que presten el servicio exclusivamente en el área rural, se da

cumplimiento a lo previsto por el numeral 11.4 del artículo 2.3.6.3.3.11 del Decreto 1077 del 2015, y se continúa el proceso de discusión directa con los usuarios y agentes del sector". Este proyecto de resolución, al momento de ser aprobado y publicado en el *Diario Oficial*, derogará la Resolución CRA 287 del 2004, la Resolución CRA 312 del 2005, la Resolución CRA 346 del 2005, la Resolución CRA 367 del 2006 y los artículos 116 y 117 de la Resolución CRA 688 del 2014.

Algunas de las últimas normas promulgadas para la protección de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios son la Ley 1506 del 2012, "la cual consagró el subsidio excepcional a los usuarios de los estratos subsidiables, con ocasión de cualquier fenómeno natural que incida o altere desastrosamente a la población nacional y su forma de vida", y el Decreto-Ley 0019 del 2012 "radicó en cabeza de la SSPD el impartir instrucciones a las ESP para que no exijan más requisitos, trámites o procedimientos de los estrictamente necesarios, y orientarlas al logro de objetivos de eficiencia, economía, celeridad, y racionalización de trámites que beneficien al usuario de los SPD. También consagró un capítulo dedicado a la atención de los usuarios de las empresas de los servicios públicos. Específicamente: -reconexión del servicio dentro de las 24 horas siguientes a que hubiese desaparecido la causa que dio lugar a la suspensión; -la notificación sobre la decisión de los recursos interpuestos por los usuarios deberá hacerse por correo certificado o electrónico; -autorización previa del arrendador para solicitar la prestación de un servicio".

Entre la protección efectiva de los usuarios que se encuentra en la legislación se observa el recurso de apelación que pueden adelantar aquellos, como subsidiario del recurso de reposición, en el momento en que la decisión de la entidad prestadora del servicio sea negativa parcial o totalmente; también se observan investigaciones por silencio administrativo positivo, la inspección, el control y la vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a las empresas prestadoras de los servicios y la participación ciudadana.

Por otro lado, la jurisprudencia también se ha pronunciado frente a la protección del usuario de la siguiente manera: En la sentencia T-270 del 2004 se observa el principio de protección efectiva al ciudadano; en aquellos casos donde la empresa de servicios públicos domiciliarios, la superintendencia encargada de la inspección vigilancia y control de esta actividad o el juez administrativo adviertan la violación de un derecho fundamental constitucional del usuario o suscriptor del servicio, cuando se trate de los trámites administrativos y jurisdiccionales respectivos,

deberán proceder a su protección, aun cuando el administrado en su petición, queja, reclamo, recurso o demanda no hubiere invocado una norma constitucional o efectuado una solicitud expresa de observancia de los derechos fundamentales; lo anterior, como desarrollo de lo dispuesto en el artículo 4.º de la Constitución Política. Es así como por regla general existe un medio de defensa judicial para proteger a los usuarios cuando sus derechos fundamentales se han visto vulnerados mediante la expedición de actos administrativos por una empresa de servicios públicos domiciliarios, aun cuando esa decisión sea avalada por la superintendencia del ramo.

Así mismo, en la sentencia SU-1010 del 2008 se habla sobre la facultad sancionadora de las ESP, y se expresa que las empresas que prestan este tipo de servicios no han sido facultadas por la ley para imponer sanciones de tipo pecuniario, razón por la cual ellas no pueden ejercer ningún cobro de la sanciones a los usuarios y mucho menos hacer depender la prestación del servicio al pago de estos valores, dado que lo que se protege en esta sentencia es el derecho de los usuarios y suscriptores a no ser afectados con cobros que no corresponden a los consumos de servicios y que no están autorizados por el ordenamiento jurídico.

Por otro lado, la sentencia T-717 del 2010 estipula los límites a la suspensión del servicio domiciliario, analizando la potestad de suspender completamente el servicio público de agua potable a una persona, situación para la que se deben tener en cuenta dos condiciones: La primera se refiere a que dicha suspensión recaiga efectivamente sobre un sujeto de especial protección constitucional; la segunda, a que esa suspensión tenga como consecuencia un desconocimiento de uno o varios derechos constitucionales. Sin embargo, dichas condiciones no deben considerase absolutas y suficientes en algunas situaciones, dado que en ciertos casos la suspensión es considerada legítima aún si se realiza en la vivienda de un sujeto de especial protección constitucional desconociendo derechos fundamentales, esto en el caso en el que los sujetos de especial protección o quienes se encargan de su cuidado deciden no pagar el servicio pudiendo hacerlo.

De esta manera se concluye que debe agregarse una tercera condición para la realización de dicha suspensión y es que esta se produzca por un incumplimiento de las obligaciones considerado involuntario ocasionado por circunstancias insuperables e incontrolables por el sujeto especialmente protegido o por quienes cuidan de él. Es necesario tener en cuenta que en los hogares donde habiten menores, desplazados, ancianos, madres cabeza de familia y enfermos inscritos en el nivel 1

del Sisben no puede ser desconectado el servicio de agua potable, dado que dicha suspensión o cancelación no depende de la capacidad económica de cada familia. En consecuencia, tampoco se podrá cortar el servicio de alcantarillado que está directamente ligado al de acueducto. Los usuarios pueden exigir que les sea reconectado el servicio; en caso de que la empresa no lo haga aunque medie orden de la Superintendencia, lo podrán exigir por medio de la acción de tutela, como se desarrollará adelante, cuando se encuentren en una situación de protección especial de aquellas reconocidas por la Corte Constitucional.

2. Línea jurisprudencial, el uso de los conceptos de "consumidor" y "usuario" en decisiones de tutela de la Corte Constitucional

No	Sí
T-539/93	
T-413/95	
T-1016/99	
T-953/02	
T-410/03	
T-270/07	
	T-796/09
T-614/10	
T-725/11	
T-925/12	

A partir de las consideraciones que se realizaron en el título anterior y con fundamento en decisiones de tutela de la Corte Constitucional de Colombia, se expondrá una línea que presenta el uso de los términos *usuario* y *consumidor* en las providencias escogidas, con el objeto de validar su uso diferenciado por ese alto tribunal. Así las cosas, se preguntará si hay distinción tácita o expresa entre los términos *consumidor* y *usuario* en las decisiones de la Corte.

Para desarrollar esta línea jurisprudencial y luego de validar con la relatoría de la Corte Constitucional año por año desde 1992 hasta el 2016 sobre los dos tópicos que interesan, se consultaron 125 decisiones; de ellas se extrajeron la sentencia de inicio de línea (T-539/93), sentencias hito (T-1016/99, T-270/07) y se tomaron otras sentencias de tipo T

(tutela) emitidas por ese alto tribunal con el propósito de encontrar una distinción ya sea expresa o tácita respecto de dos conceptos que, como hemos señalado, tienen significados e implicaciones diferentes, *usuario* y *consumidor* en el sector de aguas. Así las cosas, los tópicos de consulta fueron los anotados exclusivamente en el marco de relaciones de la prestación de servicios domiciliarios de acueducto y alcantarillado.

Se resalta que la Corte no utiliza usualmente el término *consumidor* cuando se trata de designar al beneficiario del servicio domiciliario, y cuando lo hace, en casos muy excepcionales, no realiza distinción alguna, los toma como sinónimos. En la mayoría de los casos se refiere a "usuario" o "suscriptor del servicio", sin hacer distinción entre ellos. No obstante, la Ley 142 de 1994 define tanto a "usuario" como a "suscriptor", y los diferencia con mucha precisión. Sobre este último, el artículo 14.31 dispone que es la "persona natural o jurídica con la cual se ha celebrado un contrato de condiciones uniformes de servicios públicos"; y en cuanto al primero, el artículo 14.33 determina que es la "persona natural o jurídica que se beneficia con la prestación de un servicio público, bien como propietario del inmueble en donde este se presta, o como receptor directo del servicio".

Si bien esta norma agrega que "a este último usuario se denomina también consumidor", más que aclarar el asunto, justamente valida la preocupación, toda vez que para la ley de servicios públicos no todo usuario es consumidor; en efecto, hemos considerado inapropiado incluir en cualquiera acepción esta noción en la estructura de los servicios domiciliarios.

A continuación se hace el análisis de algunas sentencias estudiadas:

• Sentencia T-539 de 1993

La Corte analiza si se vulneran los derechos a la vida y la salud de los habitantes de los barrios Los Andes y Nueva Colombia, municipios del Departamento de Córdoba, en consideración de que la Empresa de Acueducto, Alcantarillado, Aseo y Servicios de Lorica, ASLO S. A., encargada de suministrar el servicio de agua potable a ese municipio, es ineficiente y brinda un recurso escaso o en algunos casos inexistente.

Para la Corte "El usuario, a la luz de la Constitución, no pude quedar desprotegido y debe estar en posición de reclamar al municipio que, si no se hizo cargo de la prestación directa del servicio público domiciliario —en especial uno tan importante y urgente como el de suministro de agua potable— cuando menos supervise las condiciones en que se está prestando", afirmación que se validó bajo el estudio del material

probatorio, por lo que declara que la empresa prestadora del servicio es negligente y descuidada.

Se probó efectivamente que el accionante estaba sufriendo el perjuicio alegado de forma personal y directa, por lo tanto le concede los derechos. Por lo demás, ordenó correr traslado al alcalde de Lorica para que verifique el cumplimiento de la empresa demandada con base en el convenio de suministro de agua; también oficia al presidente de la República para que ejerza el control, inspección y vigilancia (art. 370 CP), toda vez que no existía la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, para que se asegure de que los servicios prestados por particulares sean asumidos seria y eficazmente.

• Sentencia T-413 de 1995

En esta sentencia la Corte concede la tutela al accionante y protege los derechos a la vida y al servicio de agua para consumo doméstico del acueducto regional "La Chuchilla" de San Agustín. En la sentencia T-578/92 la Corte mencionó la calidad de derecho constitucional fundamental del servicio de acueducto y alcantarillado en cuanto se relaciona con derechos de ese orden como la salud, salubridad pública y vida, el carácter de no fundamental cuando es destinado a la explotación agropecuaria o a terrenos deshabitados; en esta sentencia se define al usuario como la "persona que usa ciertos servicios, es decir quien disfruta el uso de cierta cosa", de tal forma que lo confunde con el consumidor.

Se concluye que bajo el análisis de las pruebas aportadas el servicio está destinado además para una fábrica de ladrillo y ocho lagos de un mismo predio, situación por la que se restringe el agua que los usuarios requieren para su uso diario y que deben ser atendidos primariamente, y si hay excedente entonces podría ser aprovechado para otros usos.

Mencionó también que el fontanero deberá ser el operador del servicio público y se preferirá la circulación del agua para el uso doméstico; ordenó a la Junta Administradora del acueducto velar por el uso del servicio prioritario al consumo doméstico, regular la distribución del agua que pase después de atender el uso doméstico y que será autorizada por la asamblea general de usuarios.

• Sentencia T-1016 de 1999

El problema jurídico estudiado en la sentencia de la corporación se resume en determinar si la situación analizada por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de tutela del 6 de octubre de 1988 con expediente 5439 sería análoga a la del proceso analizado y si, por lo

tanto, se puede concluir en el caso *sub examine* que la Triple A también incurrió en una arbitrariedad al privar a la actora de la obtención del servicio público de agua.

Así, entonces, la acción de tutela antes comentada fue iniciada por el señor José Argemiro Caro contra la Electrificadora del Atlántico S. A. y la empresa Triple A, con base en el incumplimiento de pago por parte de los arrendatarios, respecto a unas facturas de energía y agua por más de 50 millones de pesos durante dos años de un local comercial que pertenecía al demandante. Éste alegó el mandato expreso del artículo 140 de la Ley 142 de 1994, para argumentar que se le debían reconectar los servicios y que él no debía pagar la deuda que fue creciendo por la negligencia de las empresas demandadas. Manifestó la vulneración de los derechos a la vida, a la salud y a la familia, además de su avanzada edad y sus escasos recursos.

La Corte concedió de manera transitoria la tutela, a la espera de una decisión judicial; sin embargo, ordenó al actor pagar las tres facturas exigidas por la disposición normativa alegada; así,

> La Sala Civil y Agraria se detiene a interpretar el inciso 2.º del artículo 140 de la ley 142 de 1994 [...] Llega a la definición de que la interrupción de los servicios constituyó un acto de abuso de posición dominante —y, por lo tanto, una arbitrariedad—, puesto que las empresas no cumplieron con la obligación que les impone el texto citado de suspender el servicio cuando el usuario se atrasa en el pago de tres facturas.

En la sentencia se establece que la conclusión previa debe estar precedida por una condición taxativa "en los casos en los que el propietario ignora que su inmueble se encuentra en mora en el pago, o cuando, conociendo esta circunstancia, no ha logrado que la empresa proceda a suspender el servicio, a pesar de las solicitudes elevadas en este sentido". Con base en el material probatorio y la interpretación normativa, la decisión de la empresa Triple A de suspender el servicio de agua del edificio Granada no es arbitraria. Lo anterior, teniendo en cuenta que el esposo de la propietaria, el señor Mendoza, quien pactó como multiusuario de servicios del edificio Granada, tuvo, junto con su esposa, conocimiento permanente acerca de la deuda con la empresa demandada.

• Sentencia T-953 del 2002

El problema jurídico por resolver será determinar si se violan los derechos fundamentales a la vida, la salud, el debido proceso, la igualdad

y la propiedad al suspender los servicios públicos de acueducto y exigir el pago total de la deuda ante la reconexión de los servicios, "bajo el apremio, ahora sí, de iniciar las acciones judiciales del caso".

Teniendo en cuenta que "la empresa demandada, adelantó una serie de actuaciones totalmente diferentes con la accionante, al exigirle el pago de la totalidad de la deuda, con la advertencia de iniciar, ahora sí, las acciones judiciales respectivas y seguir un proceso de cobro coactivo; medidas que indudablemente debe tomar la empresa ante la reiteración fraudulenta de los hechos ya mencionados, pero que debieron asumirse mucho tiempo atrás, precisamente cuando los arrendatarios constantemente burlaban la confianza de la empresa desconociendo acuerdos de pago pactados, y procediendo a reconectar los servicios de manera fraudulenta".

La Corte menciona que la empresa prestadora de servicios no puede de ninguna manera discriminar a los usuarios, por lo que es su obligación suspender la prestación cuando el usuario, sin importar quien sea, haya dejado de cancelar por tres meses la factura respectiva, de lo contrario "se estaría desconociendo lo estatuido por la ley y vulnerando en consecuencia, derechos constitucionales del propietario como responsable solidario del contrato de servicios públicos domiciliarios".

Si bien para la Corte hay una responsabilidad del propietario, el usuario y el tenedor del inmueble respecto a la obligación de cumplir con el pago de los servicios públicos, también existe responsabilidad de la empresa prestadora del servicio, al actuar de forma negligente y permitir el incremento de la cuenta. Así entonces, la accionante no puede asumir las consecuencias de la omisión cuando las medidas aplicadas por la empresa se consideran desiguales y discriminatorias frente al último arrendatario del inmueble y los demás arrendatarios a quienes sí se les concedió el servicio público sabiendo del incumplimiento del pago.

• Sentencia T-410 del 2003

La Corte Constitucional colombiana determinará si se vulneran derechos constitucionales fundamentales de los usuarios de servicios públicos al suministrarles agua no apta para el consumo humano. En caso afirmativo, ¿la acción de tutela constituye el medio de defensa judicial idóneo para la protección de los derechos vulnerados?

Conforme a la jurisprudencia constitucional y al material probatorio que se allegaron para efectos de la acción de tutela, el agua que se encuentra efectivamente contaminada y no apta para el consumo humano del accionado constituye la vulneración a los derechos a la vida, a la dignidad humana, a la salud y a un ambiente sano del accionante y los habitantes del municipio de Versalles.

El segundo problema jurídico planteado por la Corte se resuelve de tal forma que, como antes lo ha dicho, "es procedente dar trámite de acción de tutela si se [pone en] evidencia la vulneración o amenaza de un derecho fundamental, que requiera de una protección judicial oportuna". Por otro lado, en cuanto a la legitimidad activa para el accionante, la Corte menciona la afirmación hecha por el demandante, quien actuó en defensa de sus derechos y garantías, razón suficiente para pasar la tutela y considerar cumplidos los requisitos de procedibilidad. Por lo tanto procede la acción de tutela y revoca la sentencia de instancia, y ordena al alcalde municipal y al gerente de la empresa que inicien trámites administrativos, financieros y presupuestales con plazo respectivo, para garantizar el servicio púbico de acueducto con "los niveles de calidad, regularidad, inmediatez y continuidad que exigen la Constitución y la ley".

• Sentencia T-270 del 2007

La corporación resolverá justificadamente si se han vulnerado los derechos fundamentales de la señora Flor Enid Jiménez de Correa a la vida en condiciones dignas y a la salud en conexidad con la vida, con la decisión de las Empresas Públicas de Medellín de suspenderle el suministro de los servicios públicos domiciliarios de agua y luz, debido al incumplimiento del pago mensual del consumo.

Al constatar que la accionante padece una insuficiencia renal crónica que afecta el desarrollo normal de la vida y que genera necesidades para el cuidado y la atención de la enfermedad, considera la Corte que la peticionaria se ubica como sujeto de especial protección para el Estado por las condiciones de debilidad manifiesta, "por cuanto no está en condiciones normales para desempeñar una actividad laboral" y, según la versión de la accionante, no posee los medios económicos necesarios para sufragar la deuda contraída con las Empresas Públicas de Medellín.

Teniendo en cuenta la sentencia C-150/03, en donde se consagró el marco de excepción para los casos en los que se considera la suspensión de los servicios públicos, que la prestación de servicios públicos se basa en la eficiencia y la solidaridad, que de no realizarse el procedimiento para el cuidado de la enfermedad de la señora Flor estaría en peligro su derecho a la vida y a la salud, "que es deber del aparato estatal concurrir en procura de mejorar las condiciones particulares de cada uno de los asociados, garantizando su desarrollo en condiciones dignas" y que es indispensable el consumo de servicios de agua y luz para llevar a cabo el tratamiento que la mantiene con vida, la Corte decide que no

es posible suspender la prestación de los servicios, o de lo contrario se estarían vulnerando los efectos *erga omnes* que se constataron en la sentencia de constitucionalidad antes mencionada, respecto de "los derechos constitucionales de sujetos especialmente protegidos":

> En conclusión, las normas acusadas serán declaradas exequibles, en el entendido de que se respetarán los derechos de los usuarios de los servicios públicos cuando se vaya a tomar la decisión de cortar el servicio. Tales derechos, como el respeto a la dignidad del usuario (art. 1.º de la CP) son, entre otros: [1] el debido proceso y el derecho de defensa, que permite a los usuarios o suscriptores contradecir efectivamente tanto las facturas a su cargo como el acto mediante el cual se suspende el servicio y también obligan a las empresas prestadoras de servicios públicos a observar estrictamente el procedimiento que les permite suspender el servicio. El derecho al debido proceso incorpora también el derecho a que se preserve la confianza legítima del usuario de buena fe en la continuidad —de la prestación del servicio si éste ha cumplido con sus deberes; y [2] el derecho a que las empresas prestadoras de servicios públicos se abstengan de suspender el servicio cuando dicha interrupción tenga como consecuencia el desconocimiento de derechos constitucionales de sujetos especialmente protegidos o, impida el funcionamiento de hospitales y otros establecimientos también especialmente protegidos en razón a sus usuarios, o afecte gravemente las condiciones de vida de toda una comunidad.

• Sentencia T-796 del 2009

La Corte Constitucional definió en este asunto si la acción de tutela presentada por José Manotas Romero, en representación de su suegro Enrique Robles Carrillo, es mecanismo idóneo y si, en efecto, da lugar a la protección constitucional de sus derechos a la salud, la igualdad, la dignidad humana y el mínimo vital, presuntamente conculcados por la Empresa Metroagua S. A. ESP, al suspenderle el servicio público de agua potable por mora en el pago de 21 meses.

Para la Corte es evidente que la empresa accionada con base en el artículo 140 de la Ley 142 de 1994 no vulneró los derechos fundamentales de Enrique Robles Carrillo, ya que suspendió el servicio de agua teniendo en cuenta que no estaba cumpliendo el "convenio" con la empresa accionada, en la cual debía pagar 41 cuotas mensuales de $ 15.000 más el valor del consumo mensual.

Reiteró que en casos en los cuales el usuario del servicio es a su vez propietario, "no se aplica la regla sobre rompimiento de solidaridad

prevista en el artículo 130 de la Ley 142 de 1994, sino la 140, en donde se reguló la suspensión del servicio en caso de incumplimiento del contrato por parte del usuario o suscriptor, o por la falta de pago por el término que la entidad estipule, sin exceder 2 periodos de facturación".

Será esta sentencia la que configure una pauta importante en el estudio de esta línea jurisprudencial, pues, a diferencia de las demás sentencias estudiadas y analizadas a lo largo del texto, la Corte Constitucional entiende como sinónimos los términos "consumidor" y "usuario", así: "[L]a empresa desconocería el debido proceso y el derecho a la igualdad si pese a que en esos primeros periodos no suspendió el servicio, pretende obtener el pago de la deuda insoluta al propietario no usuario del servicio, desconociendo que es al consumidor a quien debe perseguir para la cancelación de la deuda". Lo anterior genera cierta confusión entre lectores desinformados, pues a lo largo de la sentencia la corporación no hace diferencia alguna entre los términos, situación que, como se ha denunciado a lo largo de este escrito, es inapropiada.

• Sentencia T614 del 2010

El problema jurídico por resolver radica para la Corte Constitucional colombiana en determinar si la Alcaldía Municipal de La Tebaida, Quindío, y la Empresa Sanitaria del Quindío S. A. ESP vulneró los derechos fundamentales de María del Socorro Soto a la dignidad humana, a la vida y a la salud, como consecuencia de la suspensión del servicio público de agua potable a su vivienda, en virtud de la falta de pago de aproximadamente 23 facturas. En este sentido, la Corte deberá tener en cuenta la precaria situación económica de la accionante y el estado de indefensión y vulnerabilidad de sus cinco hijos menores.

La Corte entiende que la reconexión de un servicio público esencial en caso de incumplimiento del pago de las facturas es procedente si se cumplen los siguientes requisitos: (1) el servicio está destinado al consumo humano; (2) las personas afectadas por la medida de suspensión son sujetos de especial protección constitucional; (3) el usuario del servicio se encuentra en una precaria situación económica que le impide el pago inmediato de la obligación contraída; y (4) no hubo reconexión fraudulenta del servicio.

Para la Corte el derecho al agua potable destinada exclusivamente al consumo humano se considera un derecho fundamental, por lo que su suspensión o negación reiterada lesiona la salud, el medio ambiente y la vida digna. Según el material probatorio, el uso del agua en el hogar de la accionante es exclusivo para consumo humano, por lo tanto, afirma

la Corte, el suministro de agua potable es importante para no vulnerar los derechos de esta familia.

La actora y sus hijos menores son sujetos de especial protección a la luz de los artículos 13, 43 y 49 de la Carta. Por otro lado, la accionante reside en un inmueble de estrato "2 bajo", según el folio 33 del cuaderno 2, y ha tenido que pedir ayuda a sus vecinos para satisfacer las necesidades de su familia al carecer de un empleo permanente, afirmación hecha en la acción de tutela y que no fue desvirtuada por la contraparte.

Frente al pago, deberán determinarse "plazos amplios y cuotas flexibles [...] [para] los usuarios de escasos recursos y pertenecientes a estratos bajos de la población", sin afectar otros derechos fundamentales de aquellos.

• Sentencia T-725 del 2011

La Corte Constitucional determinó si los derechos a la vida digna, la integridad personal, la salud y de petición invocados por la señora María Ruth Villa fueron vulnerados por Acción Social al no otorgar la ayuda automática de emergencia a una madre cabeza de familia; y el Municipio de Medellín y las Empresas Públicas de la misma ciudad, (1) al desconectar por falta de pago el servicio de agua potable a la actora, a pesar de que convive con su hijo, menor de edad, (2) se acreditó la condición de desplazada y (3) no se otorgaron los beneficios para que pudiera cancelar la deuda conforme a su situación socioeconómica.

En este caso se probó que la accionante es discapacitada, desplazada y es madre de familia, de un niño de once años. Está comprobado que el servicio de acueducto se dirige hacia una *zona residencial*, que hay *presencia de sujetos de especial protección* y que la accionante *carece de recursos económicos* al habitar en un inmueble nivel 2 del Sisben y pedir ayuda a sus vecinos para satisfacer las necesidades familiares al carecer de empleo y encontrarse en condición de discapacitada, como requisitos imperiosos para considerar el caso como excepción a la suspensión del servicio público esencial.

La Corte considera que ante la situación económica del actor, la entidad deberá elaborar con el usuario acuerdos de pago con plazos amplios y cuotas flexibles. Ante el incumplimiento cuando "el usuario manifiesta y prueba que no cuenta con la capacidad económica para hacerse cargo del pago de dicho servicio básico, la empresa prestadora deberá instalar, a cuenta de esta, un restrictor en el flujo del agua [...] o proveer una fuente pública del recurso hídrico que asegure el suministro de igual cantidad de agua".

Ordenó la Corte al alcalde municipal realizar las gestiones para que la señora María Ruth Villa y su hijo accedan el programa "Mínimo Vital del Agua Potable" que ofrece dicho ente territorial.

• Sentencia T-925 del 2012

El siguiente será el problema jurídico por resolver: ¿Vulnera una empresa de servicios públicos el derecho al consumo de agua potable de sujetos de especial protección constitucional al haberles suspendido los servicios públicos por incumplimiento en el pago de las facturas, a pesar de estar clasificados dentro del nivel 1 del Sisben, con un puntaje de 22,37?

Al constatar por parte de la Corte que, con arreglo a las pruebas, el accionante pertenece al nivel 1 del Sisben y que constituye un núcleo familiar integrado por seis menores de edad y dos personas en condición de discapacidad, retardo mental, psicosis y epilepsia, respectivamente, la entidad Empresas Públicas de Medellín sí vulneró su derecho fundamental al agua potable, al suspender el servicio por falta de pago de facturas.

El accionante manifiesta que la falta de pago radica en circunstancias "involuntarias, insuperables e incontrolables" al no existir dentro de su hogar alguien trabajando, no desconoce su obligación al pagar debidamente el total de la deuda por el consumo de agua, y solicita que la entidad prestadora del servicio le ofrezca una forma de financiación acorde a las condiciones en las que se encuentra.

Según la Corte, "no es posible negarle el amparo a la accionante por el hecho de que en el pasado hubiera obrado de manera irregular motivada por la inclinación de auto tutelar el derecho de sus hijos a abastecerse de agua potable", en referencia a lo afirmado y probado por la entidad demandada.

Entonces, ordenó al representante legal de las Empresas Públicas de Medellín que presente medios adecuados y necesarios para llegar a un acuerdo de pago con el accionante, en el cual se manejen cuotas amplias y flexibles ante el incumplimiento de obligaciones contractuales. Si se presenta de nuevo el incumplimiento y el accionante manifiesta no tener dinero, la empresa deberá instalar un reductor de flujo que garantice por lo menos 50 litros de agua por persona al día, hasta que la persona manifieste estar en condiciones de llegar a un acuerdo de pago y restablecer el suministro en cantidades normales.

Conclusiones

Se considera oportuno replantear la aplicación general de las reglas del consumo a las relaciones entre usuarios de servicios públicos domiciliarios y sus prestadores. Si bien la legislación colombiana confunde los términos *usuario* y *consumidor*, se promueve en este texto su tratamiento diferencial, y para ello se dan algunos elementos que distinguen al usuario del consumidor; de forma más precisa, se dice que el primero no acude a un proveedor o productor, su relación es obligatoria y la gama de oferentes es mínima; no realiza actos de voluntad directos o dirigidos a validar la prestación o sus modificaciones y recibe un servicio esencial para su vida; que con ocasión de las calidades particulares del servicio que se presta y la especial protección de sus usuarios, se deben aplicar reglas acordes a su naturaleza; así, debe precisarse que en esa relación están involucrados derechos fundamentales que son inherentes a estos servicios.

Tanto la Constitución Política de Colombia como las leyes especiales y la jurisprudencia colombiana determinan un gran número de derechos que tienen los usuarios frente a su relación con las empresas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios; se parte de una relación de desigualdad donde son estos la parte débil y cualquier deficiencia o mala prestación de los servicios podría ocasionar para ellos una falla en su calidad de vida y la afectación de un derecho fundamental. A la vez se le dan al usuario mecanismos para poder solicitar lo que les sea necesario frente a dichas empresas o frente a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Conforme a lo anterior, es posible dar un alcance particular al concepto de *usuario* a partir de las características propias de los servicios públicos domiciliarios.

De la línea jurisprudencial se deduce que la Corte, en términos generales, no hace explícita la diferencia entre usuario y consumidor, pero cuando se trata de proteger a los que en este escrito se denominan *usuarios*, esto es, los que reciben servicios públicos domiciliarios, hace un trato diferenciado; es decir que aplica reglas y principios ajustados a su naturaleza. Se aboga por la distinción precisa de estas nociones para darles, en consideración a sus particulares calidades, el nivel de protección que exigen.

BIBLIOGRAFÍA

Barreto Moreno, Antonio Alejandro. (2017). *La protección de los usuarios de servicios públicos domiciliarios. Su distinción con la noción de consumidor*

en el caso del mínimo vital de agua en Bogotá, D. C., texto homenaje Álvaro Mendoza Ramírez. Bogotá: Universidad de La Sabana.

Barreto Moreno, Antonio Alejandro. (2014). Gestión local y libre mercado en el servicio público domiciliario de acueducto: la experiencia del abuso de la posición de dominio en Francia y Colombia, *Revista Precedente*, 2014, vol. 5, julio-diciembre, 75-122, Cali.

Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, CRA. (2015). *Documentos relativos al proyecto de marco regulatorio de acueducto y alcantarillado para pequeños prestadores. Resolución CRA 717 de 2015.* Recuperado de http://www.cra.gov.co/es/otras-secciones/item-otras-secciones/23205-resoluci.

Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, CRA (2015). *Nuevo marco de acueducto y alcantarillado para empresas con más de 5.000 suscriptores. Resolución CRA No.712 de 2015.* Recuperado de http://www.cra.gov.co/es/otras-secciones/item-otras-secciones/23049-resoluci.

Control social de los servicios públicos domiciliarios. Procuraduría General de la Nación, entre otros. Plan Nacional de formación. http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/descargas/participacion_ciudadana/Modulo%206.pdf.

Defensoría del Pueblo. *Cartilla de acciones populares y de grupo*. (s. f.). Recuperado de http://www.fundacionprogresamos.org.co/descargas-1/category/79-empresa-social-del-estado-ese?download=370:acciones-populares-y-de-grupo.

El Espectador (20 septiembre del 2013). Por ley buscan garantizar mínimo vital en todos los servicios públicos en Bogotá. *El Espectador.* Recuperado de http://www.elespectador.com/noticias/politica/ley-buscan-garantizar-minimo-vital-todos-los-servicios-articulo-447646.

Rodríguez Ospina, Azucena. *Informe de gestión 2015. Dirección general territorial y direcciones territoriales. Primer trimestre de 2015 (1 de Enero al 31 de marzo)* Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Recuperado de http://www.superservicios.gov.co/content/download/9378/77836/version/1/file/Informe+de+gesti%C3%B3n+DGT+I+trimestre+2015+v2.pdf.

Rodríguez Ospina, Azucena. *Informe de gestión 2015. Dirección general territorial y direcciones territoriales. Segundo trimestre de 2015 (A 30 de Junio de 2015).* Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Recuperado de http://www.superservicios.gov.co/content/download/9310/77419/version/1/file/Informe+de+gesti%C3%B3n+DGT+II+trimestre+2015.pdf.

Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (julio 2013-junio 2014). *Informe de Gestión.* Recuperado de http://www.superservicios.gov.co/content/download/4084/41453/version/1/file/Rendici%C3%B3n+Cuentas+01+(11.06.14).pdf.

Uribe Tobón, Evamaría (26 de febrero del 2004). Superintendente de servicios públicos domiciliarios para el 2004. *Circular conjunta 0003 de 2004*. Superintendencia de servicios públicos domiciliarios. Recuperado de http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14978.

Legislación

Decreto 064 del 2012 (febrero 15), "Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 485 del 2011, se reconoce el derecho al consumo mínimo vital de agua potable a los estratos 1 y 2 de uso residencial y mixto y se toman otras determinaciones".

Decreto 1842 de 1991 (julio 22), "Por el cual se expide el Estatuto Nacional de Usuarios de los Servicios Públicos Domiciliarios".

Decreto-Ley 0019 del 2012 (enero 10), "Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimiento y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública".

Ley 142 de 1994 (julio 11), "Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones".

Ley 1437 del 2011 (enero 18), "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo".

Ley 1480 del 2011 (octubre 12), "Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones".

Ley 1755 del 2015 (junio 30), "Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo".

Ley 472 de 1998 (agosto 5), "Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones".

Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, concepto 2000-130, rendido por la Oficina Asesora Jurídica.

Jurisprudencia

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión del 28 de enero del 2015.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de junio del 2001, CP: Alier Hernández Enríquez, expediente 68001-23-15-000-3000-2009-01.

Consejo Superior de la Judicatura, sentencia 11001010200020120183900, 5 de septiembre del 2012, M. P.: Pedro Alonso Sanabria Buitrago.

Corte Constitucional, sentencia C-818 del 2001, M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional, sentencia C-951 del 2014, M. P.: Martha Victoria Sáchica Méndez.

Corte Constitucional, sentencia C-1062 del 2000, M. P.: Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, sentencia C-304 del 2010, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, sentencia C-818 del 2011, M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional, sentencia SU-1010 del 2008, M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, sentencia T-793 del 2012, M. P.: María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional, sentencia T-270 del 2004, M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, sentencia T-717 del 2010, M. P.: María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional, sentencia T-767 del 2001, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional, sentencia T-163 del 2014, M. P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional, sentencia T-752 del 2011, M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

ÍNDICE DE AUTORES

— A —

Acebes, R.: 272.
Aguirre Villareal, L. E.: 81.
Almanza, C. P.: 246, 255, 256.
Álvarez Moreno, Mª T.: 221, 222, 223, , 225, 228.
Amat, Y.: 267.
Andorno, R. : 89.
Aramburo Calle, M. A.: 92, 127, 129.
Arias Pou, M.: 196.

— B —

Badell, R.: 3, 4, 5.
Banfi del Río, C.: 76.
Baraona González, J.: 21.
Barona Vilar, S.: 295.
Barreto Moreno, A. L.: 303, 304.
Bassols Coma, M.: 3, 4.
Bastidas Gómez, J. C.: 139.
Beck, U.: 89, 90, 91, 101.
Benítez Caorsi, J.: 245.
Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: 209, 213, 219, 221.
Berger: 69.
Betancur Cuartas, B.: 242.
Betti, E.: 272.
Bianca, C. M.: 272.
Blume Fortini, E.: 3, 5, 12.
Bobbio, N.: 245.
Buendía, A.: 245, 257.
Bula: 250.
Bullard, A.: 272.
Burgos Puyo, A.: 193, 241.

— C —

Calais-Auloy, J.: 241.
Carrasco Perera, A.: 228, 229, 230, 231.
Caycedo Espinel, C. G.: 21, 245.
Chamatropulos: 68.
Chamie, J. F.: 21, 245, 246.
Chavarro Cadena, J. E.: 94.
Clements: 64.
Correa Henao, M.: 22, 245.
Costas Rodal, L.: 215, 216.
Cotes, L.: 250.
Cuéllar Villalba, J. C.: 198, 199.

— D —

Dalla Via, A. R.: 2, 5, 6.
De la Cruz Camargo, M. M.: 111, 121.
De la Maza Gazmuri, I.: 23, 24.
Díaz Alabart, S.: 213, 221, 222, 223, 224, 225, 228, 229.
Díez García, H.: 213, 217, 218, 220.
Díez-Picazo, L.: 272.
Domínguez, E.: 297.
Donayre Montesinos, C. M.: 6.
Durkheim, E.: 70, 71, 82, 102.

— E —

Escuin I.: 273.
Eslava Dangond: 104, 105, 116, 128.
Espinosa Apráez, B.: 74, 92, 106, 113.

— F —

Fernández, P.: 34, 78, 81, 290.
Fernández-Novoa, C.: 31.
Ferrando, G.: 269, 270.
Figueroa: 69.
Flórez Rojas, M. L.: 201, 204, 239, 240, 246, 248, 249, 250.
Fucito, F.: 71.
Fuenteseca Degeneffe, C.: 229, 230.

— G —

Galanter, M.: 242.
Galgano, F.: 3.
Gallardo: 69.
García Salazar, L. F.: 191.
Gaudemet, J.: 102.
Ghersi, Carlos A.: 98, 100, 102, 127, 242.
Giorgani, M.: 270.

Giraldo López, A.: 21, 34, 147, 245.
Guido: 133.

— H —

Hasen, R. L.: 64.
Heck P.: 100.
Herrera: 34.
Hovik: 64.

— I —

Ibáñez Najar: 242.
Illescas Ortiz, R.: 200.
Imbernón: 246.

— J —

Jaeckel Kovás, J.: 31, 32.

— K —

Kluger, V.: 103.
Kresalja, B.: 288.

— L —

Lasarte Álvarez, C.: 24.
Leiva Fernández, L.: 248.
Lema Devesa, C.: 31.
Le Tourneau, P.: 130.
López: 101, 269, 284, 285.
López Garrido, D.: 3, 4.
López Herrera, E.: 75.
López Mesa, M. J.: 89.
Lordi, A.: 270.
Lorenzetti, R.: 241.
Luckmann: 69.
Luxhoj: 249.

— M —

Madriñán Rivera, R. E.: 21, 245.
Mantilla Espinosa, F.: 126, 133.
Marée Perrine: 93, 97, 99.
Marín López, M.: 263, 274.
Markesinis: 75.
Martínez Salcedo, J. C.: 1, 17, 23.
Marún: 245, 257.
Massaguer, J.: 299.
Mendoza Losana, A.: 216, 217, 218, 220, 232.
Messina de la Estrella Gutiérrez, G. N.: 133.
Mezzasoma, L.: 94, 95, 96.
Molina, C. A.: 246.
Monereo: 71.
Morgestein Sánchez, W. I.: 19, 22.

— N —

Novoa Bolívar, L. C.: 196.

— O —

Ordoqui Castilla, G.: 51, 52.
Ortega Díaz, J. F.: 17.
Osorio Giammaria, G. I.: 59.
Otamendi, J.: 292.
Otero: 250.

— P —

Peña Bennett, F.: 39.
Peña Bortone, M. F.: 1.
Pérez Bustamante, L.: 31.
Pérez, L. C.: 77, 79.
Pérez Salas, D. O.: 90.
Perilla Granados, J. S.: 241.
Perry, G.: 243.
Picasso, S.: 67, 104.
Pizarro, R. D.: 97, 98, 102.
Priest, G. L.: 99.
Prieto Molinero, R.: 132.

— R —

Ramírez Sierra, D. F.: 89, 96, 97, 101, 102, 132, 246, 255, 256.
Rapossi, S.: 19.
Remolina Angarita, N.: 201, 204, 239, 240, 246, 248, 249, 250.
Represa Polo, M. P.: 216.
Rincón Cárdenas, E.: 192, 193, 199, 201.
Rinessi, A.: 198.
Ripert, G.: 102.
Rodríguez-Cano, R. B.: 246.
Rojas, L.: 150.
Rubio Torrano, E.: 215.
Ruscono, D.: 241.

— S —

Sáenz: 67.
Sainctelette: 102.
Salgado Ramírez, C.: 26, 290.
Sánchez Gómez, A.: 213, 217, 218, 219, 220, 221.
Sandoval Gutiérrez, J. F.: 283, 285.

Santaella, M.: 31.
Santos Ballesteros, J.: 95, 98, 102.
Sarmiento, G. M.: 102.
Sauzet: 102.
Serpa: 243.
Sharkey, C. M.: 66.
Sierra, Ramírez: 112.
Solar: 69.
Souvirón Morenilla, J. M.: 30.
Sullivan, W.: 249.

— T —

Tamayo Jaramillo, J.: 91, 92, 93, 94, 97, 98, 99, 112, 114, 115, 117, 118, 122, 124, 126, 127, 128, 133.
Tambussi, C. E.: 241, 242.
Tato Plaza: 34.
Temple: 241.
Ternera Barrios: 126, 133.
Tito Añamuro, J. A.: 263.
Twigg-Flesner, C.: 232.

— V —

Valderrama Rojas, C. L.: 25.
Vallejo Mejía, J.: 2.
Vázquez-Pastor Jiménez, L.: 218, 219.
Velásquez Posada, O.: 34.
Verano: 243.
Vigotti, F.: 269.
Villalba Cuéllar, J. C.: 23, 32, 192, 246.
Visintini, G.: 92, 94, 130.

— W —

Watson, A.: 274.
Wicks: 249.

— Z —

Zalamea Lechtman, A.: 92, 117, 131.
Zchizzerotto: 270.
Zornosa Prieto, H. E.: 89, 90.
Zuluaga Giraldo, M. A.: 242.

Este libro se terminó de imprimir en los talleres de Editorial Nomos, el primero de septiembre de dos mil dieciocho, aniversario del fallecimiento de MIGUEL AGUILERA
(n. 5, XI, 1893 y m. 1º, IX, 1973).

LABORE ET CONSTANTIA