

**ESTUDIO COMPARADO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS Y SU
REGULACIÓN EN EL DERECHO DEL CONSUMO Y EN EL DERECHO COMÚN.**

MARWEN ELÍAS HOYOS MORENO

AUTOR

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA.

ESCUELA DE DERECHO.

FACULTAD DE DERECHOS Y CIENCIAS PÓLITICAS.

PROGRAMA DE DERECHO.

MEDELLÍN.

2023.

**ESTUDIO COMPARADO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS Y SU
REGULACIÓN EN EL DERECHO DEL CONSUMO Y EN EL DERECHO COMÚN.**

MARWEN ELÍAS HOYOS MORENO.

Trabajo de grado para optar al título de abogado

ASESOR

CARLOS ANDRÉS GÓMEZ GARCÍA.

ABOGADO.

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA.

ESCUELA DE DERECHO.

FACULTAD DE DERECHOS Y CIENCIAS POLÍTICAS.

PROGRAMA DE DERECHO.

MEDELLÍN.

2023.

RESÚMEN.

En el derecho de consumo hoy en día, se ha vuelto más común la utilización de los contratos por adhesión y, junto con estos, el incremento de abusos en contra del consumidor, utilizando como instrumento para este fin las cláusulas abusivas. Mediante el método de la dogmática jurídica, consistente en la hermenéutica de textos normativos, el presente trabajo propone investigar las diferencias y semejanzas que existen en la regulación de las cláusulas abusivas en contratos de adhesión, según se sujeten o no a la ley 1480 de 2011, conocida como el estatuto del consumidor.

Las disposiciones normativas establecidas en la ley 1480 de 2011 están limitada a los contratos celebrados por quienes gocen del título de consumidor; es decir, a las relaciones *bussines to consumer*, por lo tanto, los no consumidores están sometidos al régimen de protección especial previsto en la Ley 142 de 1994, lo que permitiría observar diferencias como la interpretación del principio de buena fe o el anexo de cláusulas que modifiquen la responsabilidad de las partes, en el caso del régimen de protección especial general, cosa que no contempla el Estatuto del Consumidor.

Por lo anterior, se plantea que las diferencias entre las regulaciones de las cláusulas abusivas en los contratos radican, primero, en la diferencia de leyes establecidas para cada caso y segundo, en la interpretación que se da según sea el caso de la cláusula establecida.

CONTENIDO

- 1. Contratos por adhesión y cláusulas abusivas.**
 - 1.1.** Aproximación conceptual a los contratos por adhesión.
 - 1.2.** Régimen legal de los contratos por adhesión
 - 1.3.** La posición dominante y el abuso de esta en los contratos por adhesión
 - 1.4.** Protección constitucional del consumidor en el derecho colombiano.
 - 1.5.** Protección legal del consumidor en el derecho colombiano.
 - 1.6.** Definición de las cláusulas abusivas
 - 1.7.** Régimen legal en Colombia de las cláusulas abusivas

- 2. Derecho del consumidor v Derecho común.**
 - 2.1.** Necesidad de protección del consumidor.
 - 2.2.** Paralelismo entre las sanciones y regulaciones entre el Estatuto del Consumidor y el derecho común.
 - 2.2.1.** Saneamiento por vicios ocultos en el Código Civil en contraposición con la garantía del Estatuto del Consumidor.
 - 2.2.2.** Publicidad engañosa
 - 2.2.3.** Responsabilidad civil por daños causados por defectos en el producto.

Introducción.

Concerniente a la forma de regular las cláusulas onerosas, históricamente existen dos formas de legislar: i. se opta por un listado de cláusulas las cuales al incluirse en un contrato se configuraría un abuso de la posición dominante de la cual goza un extremo contractual y ii. el legislador se compromete con un concepto y trata de desarrollarlo, ocasionando así, que el trabajo del operador jurídico no se agote simplemente en un ejercicio casi que automatizado al buscar en el listado de las cláusulas abusivas. Por el contrario, al adoptarse este segundo método, al operador jurídico se le asigna el trabajo de interpretar la disposición legal, por vía del cual a cierta circunstancia contractual concreta le debe aplicar el concepto dado por la ley y, con base en esto, deduzca si existe o no tal configuración de la cláusula leonina.

En Colombia sobre cláusulas abusivas y su regulación se rige preponderantemente por la realizada en la ley 1480 de 2011, en donde a partir del artículo 42 y artículos subsiguientes la mencionada ley les asigna una definición legal y presenta también una lista de casos en los cuales se presume la existencia de este tipo de estipulaciones.

Actualmente, la ley 1480 de 2011 no cubre todas las formas contractuales que se utilizan en el mundo comercial, es decir, su aplicación se ve limitada por la tipología contractual por medio de la cual las partes celebran el negocio jurídico.

Con base en lo anterior, es pertinente plantearse si esta aplicación limitada del estatuto del consumidor repercute en la regulación y, por consiguiente, en las consecuencias jurídicas que tiene el apareamiento de las cláusulas onerosas en el clausulado de un contrato. Por lo tanto, se cuestionará que el solo hecho de que un contrato no se encuentre cubierto por la ley 1480 de 2011 desfigura el tratamiento que se le da a las cláusulas abusivas, y de consolidarse esa diferenciación, es válido también, preguntarse por la relevancia jurídica de la misma.

El acto de indagar sobre la diferencia de regulación antes mencionada permitirá dibujar -o desdibujar- la línea divisoria entre las regulaciones de esquemas

contractuales sujetos a la ley 1480 de 2011 y los esquemas que no se rigen por la misma ley. De igual manera, la realización de la presente investigación contribuirá en la comprensión y el discernimiento de un concepto claro, conciso y generalizado de relación de consumo, así como, un mejor conocimiento de las repercusiones que tiene esta relación en la aplicación de un determinado régimen.

Capítulo I. Aproximación conceptual a los contratos por adhesión.

Históricamente la figura del contrato se ha caracterizado por ser el instrumento jurídico más utilizado en el mundo comercial, y es que, su importancia radica en lo versátil de su utilidad, es decir, el contrato es la herramienta perfecta para satisfacer las necesidades sobrevivientes en el mundo comercial de hoy día. El intercambio de bienes, servicios e información constituye parte fundamental en la economía mundial y es el pilar sobre el cual se edifica la sociedad, por lo tanto, la utilización del contrato como figura facilitadora del afianzamiento de la economía y del avance de la sociedad permite dilucidar fácilmente la relevancia que cobra aquel en estos tiempos.

Ahora bien, siendo el contrato una herramienta al servicio de la economía la cual es utilizada para satisfacer los requerimientos imperiosos exigidos por la realidad y las circunstancias comerciales modernas, es apenas lógico -y necesario- que aquel se modifique y mute con miras a saciar las antes mencionadas necesidades. Consecuencialmente a este proceso de mutación aparece el contrato por adhesión.

Sin embargo, antes de inmiscuirnos en la definición de contrato *por adhesión* es menester atañernos -tal y como lo afirmaba Sócrates- por su género próximo y dilucidar las particularidades que lo diferencian de aquel.

Como era de esperarse, la definición de contrato está bastante determinada siendo así un tópico de relativa unanimidad. La definición más completa que podremos

encontrar en nuestro ordenamiento jurídico colombiano se encuentra en el artículo 864 de Código de Comercio, la cual estipula que:

El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, (...) ¹

Entendida la definición de contrato, podemos seguir a ocuparnos de la definición de contrato por adhesión, siendo así:

“El contrato por adhesión es aquel en que las cláusulas son dispuestas por uno de los futuros contratantes de manera que el otro no puede modificarlas ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas, de tal suerte que este último no presta colaboración alguna a la formación del contenido contractual, quedando así sustituida la ordinaria determinación bilateral del contenido del vínculo por un simple acto de aceptación o adhesión al esquema predeterminado unilateralmente.”²

No resulta especialmente complejo pensar que la mayor ventaja que ofrecen la utilización de los contratos de cláusulas generales es en el campo económico, pero si bien su impacto en esta área puede ser sencillo de prever, no es la única rama del conocimiento en donde posibilitan ventajas.

En la economía se pueden enumerar mínimamente tres grandes ventajas y mejoras que suceden gracias a los contratos por adhesión. Y es que, (i) permite en gran medida la agilización del comercio en tanto facilita aumentar el número de negocios o transacciones realizadas por un proveedor y de esta forma se puede así cumplir con la demanda de bienes y servicios exigida por el mercado (ii) disminuye los precios, en tanto abarata los costos de producción y de comercialización permitiendo así que el proveedor pueda bajar los precios del mercado sin verse afectado el rendimiento y las utilidades, lo anterior apoyado en lo dicho por Sylvia María Schlesinger en su tesis de grado y lo expone de tal forma:

“Por un lado, las formas estandarizadas producen una reducción de los costos derivados de la celebración de los contratos realizados por la

¹ Artículo 864 Código de Comercio de Colombia.

² Stiglitz, R. and Stiglitz, G., 1985. *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*. 5th ed. Buenos Aires: Depalma.

empresa, pues su utilización permite simplificar y acelerar radicalmente la celebración de los negocios. Los contratos de adhesión vuelven más eficientes la etapa previa a la celebración del acuerdo jurídico, al eliminar la negociación de cada uno de los contratos gracias a sus cláusulas predispuestas, de tal forma que se convierte en un procedimiento casi mecánico.”³

(iii) incentiva el movimiento y el crecimiento de la economía. Debido a la facilidad para contratar y llevar a cabo operaciones financieras, comerciales y corporativas, los contratos por adhesión y la flexibilidad de las normas que lo regulan representan un instrumento para los gobiernos al momento de estimular la inversión extranjera en el país lo que significa un aumento en el flujo de capital y lo que significa, en ultimas, un crecimiento en la economía colombiana.

Según el doctor Carlos José Gómez, magister en leyes por la universidad de Minnesota, otra utilización de suma importancia se puede encontrar precisamente en el campo jurídico, y lo expone de la siguiente forma:

“La principal función que cumplen las condiciones generales en el campo de lo jurídico es llenar el vacío legislativo que tiene en gran parte la actividad comercial. El atraso y la rigidez del ordenamiento jurídico hace que existan bastantes materias donde no se encuentre una política legislativa clara y coherente e incluso que no se encuentre una norma jurídica que regule así sea en forma mínima determinadas situaciones.”⁴

1.2 Régimen legal de los contratos por adhesión.

En Colombia, las regulaciones en materia de contratos por adhesión están enmarcado de la manera como lo explica el siguiente gráfico:

³ Schlesinger Charry, S. (2010). Los contratos de adhesión y los mecanismos de protección al consumidor en el derecho privado colombiano (Pregrado). Pontificia Universidad Javeriana.

⁴ Gómez Jimenez, C., 1990. Estudio sobre los contratos por adhesión a condiciones generales. 4th ed. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, p.105.

Ley.	Objeto de la ley.	Definición que le da a los contratos por adhesión.
Ley 1328 de 2009. Artículo segundo.	Establecer los principios y reglas que rigen la protección de los consumidores financieros en las relaciones entre estos y las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia	“Contratos de adhesión: Son los contratos elaborados unilateralmente por la entidad vigilada y cuyas cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose estos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad. ⁵
Ley 1480 de 2011. Numeral quinto del artículo cuarto.	Regular los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores tanto	Contrato de adhesión: Aquel en el que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas. ⁶

⁵ Ley 1328 de 2009.

⁶ Ley 1480 de 2011.

	sustancial como procesalmente.	
Ley 1480 de 2011. Artículo cuarto.		(...) Las normas de esta ley deberán interpretarse en la forma más favorable al consumidor. En caso de duda se resolverá en favor del consumidor. (...) ⁷

Además de cambiar y ampliar la definición, el estatuto del consumidor también agregó regulación en cuanto a los requisitos del este tipo de contrato, así como también, estableció límites a la aplicación y/o utilización de los contratos por adhesión, además agregó ciertas prohibiciones en cuanto a estipulaciones que conferían facultades exorbitantes al extremo contractual que goza de cierta ventaja económica v. gr facultar al proveedor para modificar unilateralmente el contenido del contrato.

1.3 La posición dominante y el abuso de esta en los contratos por adhesión.

La igualdad es uno los principios jurídicos, éticos y sociales más importantes de todos, tanto es así que goza de un notable desarrollo constitucional el cual se encuentra en el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia:

ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.⁸

⁷ Ley 1480 de 2011.

⁸ Constitución Política de Colombia. Artículo 13

El artículo 13 de la carta magna consagra la igualdad como la ausencia de distinción entre las personas por factores tales como la raza, el sexo o economía, así también, establece la igualdad de condiciones en distintos escenarios y circunstancias de la vida. Entender que constitucional y legalmente existe la igualdad no significa comprender también que hay situaciones que debido a su naturaleza y esencia ubican a las personas en ciertos panoramas en donde las condiciones y posibilidades no gozan de esta igualdad, tal es el caso de los contratos en donde se puede identificar una parte con mayor fortaleza -económica, logística o porque simplemente las características del contrato lo colocan en una situación de ventaja-

En los contratos por adhesión y debido a su naturaleza, resulta sencillo encontrar estos casos en donde un extremo contractual se encuentra en ventaja o en condiciones más favorables que la otra, tal y como lo expresa el antes citado doctor Carlos José Gómez:

“Tradicionalmente se ha sostenido que, en los contratos de adhesión por condiciones generales, aparece una desigualdad de hecho mas no una desigualdad jurídica. La desigualdad de hecho se origina porque el estipulante posee un bien o presta un servicio que el adherente necesita, por la falta de experiencia de uno de los contratantes frente a la maestría del otro o porque en muchos de los casos el ritmo comercial de quien predispone condiciones le permite lograr un mayor poder económico que el que tienen quienes soliciten sus servicios.”⁹

Tal y como se afirmó anteriormente, la desigualdad es algo inherente e inevitable en la práctica comercial y en el movimiento económico, por lo tanto, el derecho y la producción legal no debe ir encaminada a cercenar esta desigualdad, sino por el contrario, los esfuerzos deben ir aunados a vigilar, regular y sancionar el abuso de esta desigualdad, protegiendo así a la parte débil del contrato. En síntesis, la desigualdad *per se* inmiscuida en los contratos por adhesión no representa ningún tipo de trasgresión a normas legales o preceptos constitucionales, sin embargo, el

⁹ Gómez Jiménez, C., 1990. Estudio sobre los contratos por adhesión a condiciones generales. 4th ed. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. PP. 122

aprovechamiento doloso de estas condiciones para lesionar patrimonialmente a la parte menos fuerte si constituye una violación flagrante de numerables principios contractuales v. gr el deber de buena fe el cual se encuentra reglado por el artículo 83 de la Constitución Política:

Artículo 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.¹⁰

En relación con el desarrollo legal que ha tenido este tópico en nuestro país, el primer cuerpo normativo en hacer referencia a esta desigualdad material fue la Ley 142 de 1994, sin embargo, en esta ley no se da una definición clara ni mucho menos se dan criterios para identificar la existencia de la misma, pero -en atención a la finalidad de la norma- si nos brinda una lista de situaciones en donde se presume legalmente no solo la existencia de la posición dominante, sino que, además un abuso de esta. Mientras que, en materia de disposiciones dictadas por el ejecutivo, encontramos el decreto 2153 de 1992 el cual en el numeral quinto del artículo 45 si define la posición dominante, pero de forma sucinta y muy pragmática, de esta forma:

Artículo 45: (...)5. Posición Dominante: La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado. (...)¹¹

1.4. Protección constitucional del consumidor en el derecho colombiano.

Anteriormente en este escrito se ha dicho que las relaciones de comercio en general tienden a general situaciones de desigualdad, en tanto se presenta una parte que ostenta cierto poder o dominancia con respecto a la otra parte contractual. Siendo esto así, resulta lógico y necesario establecer ciertos parámetros de protección y control de estas situaciones de desventajas, todo esto con miras a salvaguardar los

¹⁰ Constitución Política de Colombia. Artículo 83.

¹¹ Decreto 2153 de 1992. Artículo 45.

intereses de los consumidores, lo que en últimas es velar por el buen funcionamiento de la economía y el cumplimiento de las políticas públicas.

En nuestra constitución política, de forma general en el artículo 13 se menciona el deber de protección del estado para con los sujetos de especiales características y de particular vulnerabilidad.

Mientras que en el artículo 78 se evidencia claramente esta intención del constituyente por no desamparar al consumidor en estas relaciones de consumo, de esta forma:

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.¹²

Además, en el artículo 88 de la constitución política se le atribuye la obligación al estado de regular y legislar las medidas suficientes para que la protección al consumidor no se quede en un escenario meramente formal, sino que, trascienda a la realidad de tal forma que se verifique en el mundo factico un amparo efectivo de los intereses económicos del consumidor colombiano, de la siguiente forma:

Artículo 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones

¹² Constitución Política de Colombia. Artículo 88.

particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

1.5. Protección legal del consumidor en el derecho colombiano.

Ciertamente la constitución política de Colombia no entra a regular directamente todos y cada uno de los temas concernientes a la protección del consumidor en el derecho colombiano, esta solo impone las bases y el marco dentro del cual se van a expedir las disposiciones normativas que, efectivamente, dicten las normas las cuales brinden al consumidor el amparo necesario para la defensa de sus intereses patrimoniales, tal y como lo expone la Corte Constitucional en la sentencia C-1141 de 2000:

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. Sin embargo, la Constitución no entra a determinar los supuestos específicos de protección, tema este que se desarrolla a través del ordenamiento jurídico. El programa de protección, principalmente, se determina a partir de la ley, los reglamentos y el contrato. Es claro que la fuente contractual debe interpretarse de conformidad con los principios tuitivos del consumidor plasmados en la Constitución. Con el derecho del consumidor se presenta algo similar de lo que se observa con otros derechos constitucionales. La Constitución delimita un campo de protección, pero el contenido preciso del programa de defensa del interés tutelado es el que se desarrolla y adiciona por la ley y por otras normas y fuentes de reglas jurídicamente válidas. En particular, trazado el marco constitucional, a la ley se confía el cometido dinámico de precisar el contenido específico del respectivo derecho, concretando en el tiempo histórico y en las circunstancias reales el nivel de su protección constitucional. El significado de un determinado derecho y su extensión, por consiguiente, no se establece sólo por la Constitución a priori y de una vez para siempre.¹³

¹³ Sentencia C-1141 de 2000. Corte Constitucional. MP Eduardo Cifuentes Muñoz

En ese sentido, el legislativo ha expedido diversas leyes con miras a proteger al consumidor en sus diferentes clases -financiero, servicios públicos domiciliario, comercio, turismo, telecomunicaciones, salud-.

En el ámbito de los servicios públicos domiciliarios se expidió la 142 de 1994 *“por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios”*¹⁴ y la ley 143 del mismo año que busca regular la *“generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional”*.¹⁵

Sobre comercio electrónico en 1999 se legisló la ley 527 la cual busca definir y reglamentar *“acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales”*.¹⁶

La actividad turística en nuestro país primeramente se encontró regida por la ley 300 de 1996, esto hasta la entrada en vigor de la ley 1558 de 2012, la cual es conocida también como *“la ley general de turismo”*

En el año 2011, el congreso de la república expidió la ley 1480 de 2011 con miras a regular integra, plena y de forma coherente el tema de la protección al consumidor en Colombia. Este estatuto fue creado, entre otras razones, para ser la norma rectora en materia de derecho del consumidor y para establecerse como la herramienta idónea en la protección de los derechos e intereses de los consumidores, tal y como lo expone el legislador en el artículo primero del antes mencionado cuerpo normativo:

“Artículo 1: Esta ley tiene como objetivos 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 (...).”

¹⁴ Ley 142 de 1994. Congreso de Colombia.

¹⁵ Ley 143 de 1994. Congreso de Colombia.

¹⁶ Ley 527 de 1999. Congreso de Colombia.

1.6. Definición de cláusulas abusivas.

El concepto de cláusula abusiva debido a lo relativamente novedoso de su utilización no es algo de pacífica y unánime discusión, además, como consecuencia de contenido variable o cambiante no es posible dar una definición teórica precisa (Raymond ctd. En: Gual Acosta, J. M. 2016 Pp 120). Sin embargo, lo anteriormente dicho no imposibilita que se pueda realizar un esbozo del concepto de cláusula abusiva.

Primeramente, se puede iniciar delimitando el concepto de cláusula abusiva al realizar un bosquejo de sus elementos, tal que así:

se denomina leonina la cláusula que asegura a una sola de las partes ventajas contrarias a la equidad; la que asegura sólo beneficios o libera de todos los riesgos; aquella que priva de utilidades u obliga a sufrir todos los gastos o pérdidas a una de las partes (Bohórquez, Luis Fernando y Bohórquez, B. Jorge Iván ctd. En: Matiz Pinilla, D. 2009. Pp 35).

Aterrizando aún más la definición de cláusula abusiva y contrastándola con el derecho de consumo, el doctor Jaime Alberto Arrubla la define de la siguiente forma:

La cláusula abusiva es aquella que pone al adherente en una situación de inferioridad, dificultad o incomodidad manifiesta para el cumplimiento de sus obligaciones o el reclamo de sus derechos con el fin de asegurar para el predisponente su posición dominante en el contrato. (2002, Pp 66).

Además, jurisprudencialmente se puede encontrar que, en sentencia de casación, la Corte Suprema de Justicia ha establecido ciertos elementos indispensables para poder hablar de cláusulas abusivas, de esta forma:

Se advierten como características arquetípicas de las cláusulas abusivas - primordialmente-: a) que su negociación no haya sido individual, b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial -vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe probidad o lealtad-, y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes (CSJ Civil, 2 Feb. 2001. Carlos Ignacio Jaramillo).

Con referencia a ello, la tesis de grado realizada por Andrés Felipe Caballero, Diana Salomé García y Jaime Enrique Ramos, la cual fue publicada por la Pontificia Universidad Javeriana es clara al establecer, por lo menos, dos requisitos que deben coexistir para que pueda configurarse tal desequilibrio, y es que, i. debe ser claro y ii. debe ser injustificado. (2013 Pp 44)

Correlativamente a esto, en el ámbito legal encontramos una definición análoga de cláusula abusiva, puesto que, en el artículo 42 del Estatuto del Consumidor las definen como “aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos” (Art 42).

Régimen legal de las cláusulas abusivas en el Derecho Colombiano.

En Colombia sobre cláusulas abusivas y su regulación se rige preponderantemente por la realizada en la ley 1480 de 2011, en donde a partir del artículo 42 y artículos subsiguientes la mencionada ley les asigna una definición legal y presenta también una lista de casos en los cuales se presume la existencia de este tipo de estipulaciones.

Además, existen otros cuerpos normativos que, si bien no regulan exhaustivamente la materia, si lo hacen en forma parcial y con base en la materia que se quiera regular, tales como: ley 1341 de 2009 la cual en el artículo 53 se propone proteger al usuario de la TIC, Ley 1328 de 2009 en el artículo 11 prohíbe la utilización de este tipo de estipulaciones para proteger al consumidor en el campo financiero y de seguros, el decreto 2555 de 2010 el cual busca garantizar la protección del consumidor financiero.

Capítulo II. Derecho del consumidor v Derecho común.

2.1. Necesidad de proteger al consumidor.

Como se ha venido mencionando de forma reiterada en este escrito, el problema principal en las relaciones contractuales entre *bussines and consumer* es la asimetría contractual existentes entre los dos, esto debido a la desigualdad económica, informativa, y en los casos de contratos por adhesión, a la desigualdad en el poder de negociación que padece el consumidor. Esta necesidad imperiosa de proteger la debilidad que le atañe al consumidor ha sido la fuente obligacional en el estado de legislar -y juzgar- con miras a salvaguardar la simetría en las condiciones y prestaciones contractuales, siendo así, la Corte constitucional en la sentencia C-973 de 2003 se ha pronunciado sobre ese deber del estado:

Es deber del órgano legislativo tener en cuenta las relaciones asimétricas que generan la manufactura, comercialización, distribución y adquisición de bienes y servicios, y que surgen del papel preponderante del productor en

cuanto a él compete la elaboración del bien o la modelación del servicio imponiendo condiciones para su funcionamiento y utilización, así como de la ventaja del distribuidor o proveedor en razón de su dominio de los canales de comercialización de los bienes y servicios; pero sobre todo, la ley debe observar con atención la indefensión a la que se ve sometido el consumidor en razón de la necesidad que tiene de obtener los bienes ofrecidos en el mercado.

En consecuencia, las normas que el legislador profiera, en virtud de la competencia que le ha sido otorgada para regular el régimen de protección de los derechos del consumidor, dentro del cual está comprendida la forma en que se puede exigir la responsabilidad del productor, deben tener en cuenta la protección especial de esos derechos reconocida por la Carta y estar orientadas hacia su completa efectividad.

2.2.1. Saneamiento por vicios ocultos en el Código Civil en contraposición con la garantía del Estatuto del Consumidor.

En cuanto a garantía y responsabilidad del vendedor -o productor- se refiere, tenemos regulaciones análogas en el derecho de consumo y en el derecho común. En primer lugar, la garantía de la que habla el artículo séptimo de la ley 1480 de 2011, se trata de la obligación legal que tiene el proveedor o fabricante de responder por “la calidad, idoneidad, seguridad y el buen estado y funcionamiento de los productos” (Artículo 7). Mientras que, en el derecho común, el comprador de un

objeto tiene la facultad de elegir -a su arbitrio- la rescisión de la venta o la rebaja proporcional del precio en función de la falla que sufre el bien.

La primera diferencia sustancial que encontramos entre estos dos modelos es la referente a los requisitos que debe cumplir la falla para que pueda ser considerada objeto de una eventual garantía o para que sea considerado un vicio redhibitorio.

En el caso del remedio legal que nos proporciona el código civil encontramos tres requisitos de índole temporal, objetiva y subjetiva, respectivamente: *(i)* el vicio o fallo debió existir al momento de celebración de la venta *(ii)* exige además una calificación del fallo, y es que, debe ser tal que imposibilite el uso natural del bien o que funcione de forma imperfecta y *(iii)* también exige una calificación en el accionar del sujeto, es decir, que el sujeto no haya sido capaz de percatarse del vicio actuando diligentemente, además, claro está, que el vendedor no lo haya comunicado.

Con respecto a la garantía que consagra el estatuto del consumidor, esta no exige que el daño o fallo funcional haya existido al momento de la venta, sino que, por el contrario, el estatuto amplía la ventana de tiempo para que el consumidor agraviado pueda valerse de esta opción. Igualmente, la ley 1480 de 2011 en el artículo 10 ensancha la legitimación por pasiva al establecer expresamente la solidaridad entre proveedores y productores al momento de responder por esta obligación.

Otro punto de discordancia entre estas dos figuras es con relación a la permisividad de pactar por vía contractual la eliminación de la obligación de responder por el funcionamiento deficiente del producto, es decir, mientras que el código civil permite la estipulación para que el vendedor atenúe su obligación de responder por los

vicios del objeto -artículo 1916 del Código Civil-¹⁷, el estatuto del consumidor imposibilita cualquier pacto que menoscabe el derecho del consumidor.¹⁸

En relación con el término para alegar la eventual existencia de un vicio o para exigir el cumplimiento de la garantía legal. El Código Civil prevé un tiempo de seis meses en bienes muebles y un año para bienes raíces¹⁹, por el contrario, el Estatuto del Consumidor es mucho más protector y consagra un tiempo de un año en productos nuevos y muebles, además de, diez años para bienes raíces.²⁰

2.2.2 Publicidad engañosa.

Ciertamente, el término *publicidad engañosa* es una expresión propia del Estatuto del Consumidor debido a que es la ley rectora en esta materia, sin embargo, antes de la expedición y posterior entrada en vigor de este cuerpo normativo, teníamos en nuestro ordenamiento jurídico el decreto 3466 de 1982 que pretendía regular -entre otros aspectos- la mal utilización de la “propaganda comercial”.

El decreto 3466 de 1982 se limitaba a proscribir toda propaganda comercial que no corresponda a la realidad, así como las que induzcan o puedan inducir a error respecto ciertos aspectos de los bienes o servicios ofrecidos. Así también, con respecto a los bienes que puedan resultar lesivos para la salud, este decreto le

¹⁷ Artículo 1916 Código Civil: “Si se ha estipulado que el vendedor no estuviere obligado al saneamiento por los vicios ocultos de la cosa, estará sin embargo obligado a sanear aquéllos de que tuvo conocimiento y de que no dio noticia al comprador.”

¹⁸ Artículo 4. Ley 1480 de 2011: “Las disposiciones contenidas en esta ley son de orden público. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita”

¹⁹ ARTICULO 1923: “La acción redhibitoria durará seis meses respecto de las cosas muebles y un año respecto de los bienes raíces, en todos los casos en que las leyes especiales o las estipulaciones de los contratantes no hubieren ampliado o restringido este plazo.”

²⁰ Artículo 8: “(...) 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.”

impuso al fabricante o proveedor la obligación de informar al consumidor “*en caracteres perfectamente legibles*” (artículo 17) las condiciones o indicaciones necesarias para su correcta utilización, así como las contraindicaciones del caso. En ninguna forma y bajo ningún supuesto se estipulaba la obligación de indemnizar los perjuicios causados por esta incorrecta utilización de la propaganda comercial. En contraposición, la ley 1480 de 2011 trae un régimen completo de publicidad engañosa, su prohibición, sanción y consagra explícitamente la obligación de resarcir los perjuicios causados a raíz de esta, tal y como lo expresa el artículo 30 del cuerpo normativo:

“Artículo 30:

Prohibiciones y responsabilidad. Está prohibida la publicidad engañosa.

El anunciante será responsable de los perjuicios que cause la publicidad engañosa. El medio de comunicación será responsable solidariamente solo si se comprueba dolo o culpa grave. En los casos en que el anunciante no cumpla con las condiciones objetivas anunciadas en la publicidad, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, deberá responder frente al consumidor por los daños y perjuicios causados.”

2.2.3 Responsabilidad civil por daños causado por defectos en el producto.

En el ámbito de la responsabilidad civil por los daños resultados de la imperfección de un producto el Estatuto del Consumidor regula íntegramente esta parte, asignándole la obligación al proveedor o productor no solo de resarcir los eventuales perjuicios causados, sino que, además, está obligado a informar a la autoridad competente por el Gobierno Nacional.

Con relación a los elementos necesarios para la configuración de la responsabilidad por los defectos del producto, el Estatuto del Consumidor consagra una suerte de responsabilidad civil objetiva, debido a que, solo basta con la acreditación de (i) la existencia del defecto o fallo (ii) el nexo causal entre el defecto y el daño y claro está (iii) el daño. Por su parte, el régimen de responsabilidad civil extracontractual que nos trae el Código Civil nos exige la acreditación de la culpa o negligencia por parte del agente causante del daño, elemento el cual excluye el Estatuto del Consumidor para ampliar el ámbito de protección para el consumidor, quitándole así el peso de demostrar una falta al deber de cuidado por parte del proveedor o productor.

La diferencia en la exigencia de la acreditación de una negligencia por parte del empresario entre estos dos regímenes constituirá el antecedente lógico para las causales de exoneración de la responsabilidad, es decir, debido a que no se exige que el proveedor o productor haya actuado negligentemente no podrá excusarse de la obligación de indemnizar al demostrar que obró conforme al deber de cuidado.

Por lo tanto, el Estatuto del Consumidor en el artículo 22 trae una lista taxativa de las causales de exoneración de esta responsabilidad:

Por fuerza mayor o caso fortuito. (ii) Cuando los daños ocurran por culpa exclusiva del afectado. (iii) Por hecho de un tercero. (iv) Cuando no haya puesto el producto en circulación. (v) Cuando el defecto es consecuencia directa de la elaboración, rotulación o empaquetamiento del producto conforme a normas imperativas existentes, sin que el defecto pudiera ser evitado por el productor sin violar dicha norma. (vi) Cuando en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto.

En cuanto al supuesto factico de la concurrencia de culpas, es decir, que hayan influido en la materialización del daño diferentes situaciones las cuales no son atribuibles exclusivamente al productor o proveedor, ambos regímenes consienten la disminución de la responsabilidad de aquel.

Conclusión.

En Colombia, la regulación de las cláusulas abusivas se encuentra preponderantemente en la ley 1480 de 2011, cuyos artículos 42 y subsiguientes le asigna una definición legal y presentan también una lista de casos en los cuales se presume la existencia de este tipo de estipulaciones.

Actualmente, la ley 1480 de 2011 no cubre todas las formas contractuales que se utilizan en el mundo negocial, es decir, su aplicación se ve limitada por la tipología contractual por medio de la cual las partes celebran el negocio jurídico, así también como por la calidad de las partes que celebren dicho negocio

Con base en lo anterior, se planteó si esta aplicación limitada del estatuto del consumidor repercute en la regulación y, por consiguiente, en las consecuencias jurídicas que tiene el apareamiento de las cláusulas onerosas en el clausulado de un contrato.

La indagación sobre la diferencia de regulación antes mencionada permitió dibujar la línea divisoria entre las regulaciones de esquemas contractuales sujetos a la ley 1480 de 2011 y los esquemas que no se rigen por la misma ley.

Bibliografía.

- Arévalo Lara, J., & Rivera Rodríguez, C. (2013). *Las cláusulas abusivas en el ámbito de la protección al consumidor en Colombia* (Pregrado). Pontificia Universidad Javeriana.
- Arias Zapata, D. (2018). *Interpretación de los contratos por adhesión a condiciones generales de contratación* (Especialización). Pontificia Universidad Javeriana.
- Caballero Chaves, A., García Echeverri, D., & Ramos Peña, J. (2013). *Cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, interpretación y sus consecuencias jurídicas a favor del consumidor* (Pregrado). Pontificia Universidad Javeriana.
- Criado-Castilla, J. (2014). *Cláusulas abusivas en los contratos de consumo* (Maestría). Universidad Nacional de Colombia.
- Echeverri Salazar, V. (2011). El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores. *Opinión Jurídica*, 10(20), 125-144.
- Gómez, C.A y Muñoz, S.H. (2008). Fundamentos para la protección del consumidor frente a la publicidad engañosa. *Revista Estudios de Derecho*, 65 (145). 259-287.
- Gual Acosta, J. (2016). Las cláusulas abusivas: Evolución hacia una noción. *Verba Iuris*, 36, 113-134.
- Kohler, V. (2015). *La cláusula compromisoria en los contratos por adhesión. ¿Cláusula abusiva?* (Pregrado). Universidad de los Andes.
- Matiz Pinilla, D. (2009). *Cláusulas abusivas en los contratos por adhesión y su incidencia en el derecho colombiano* (Pregrado). Pontificia Universidad Javeriana.
- Muñoz-Cortina, S., & Gómez-García, C. (2018). Problemas en la solución en línea de conflictos en el comercio electrónico con consumidores en Colombia. En

Hacia una cultura de acuerdos: métodos complementarios de solución de conflictos (págs. 59-94). Medellín: Sello Editorial Coruniamericana.

Ossa Gómez, D. (2010). Protección, garantías y eficacia de los derechos del consumidor en Colombia. *Revista Facultad De Derecho Y Ciencia Política*, 40(112), 203-239.

Ossa Gómez, D. (2013). Definición, delimitación y análisis del ámbito de aplicación del nuevo Estatuto del Consumidor. *Revista Facultad De Derecho Y Ciencia Política UPB*, 43(118), 407-441.

Rosa Garrido, L. (2007). Las desigualdades negociales y la trascendencia del poder en la negociación contractual. *Vniversitas*, 115(57), 213-246.

Schlesinger Charry, S. (2010). *Los contratos de adhesión y los mecanismos de protección al consumidor en el derecho privado colombiano* (Pregrado). Pontificia Universidad Javeriana.

Yáñez Ramírez, C., González Millares, T., & Gómez García, F. (2017). *Las cláusulas abusivas y sus efectos en el ordenamiento jurídico colombiano* (Especialista). Pontificia Universidad Javeriana.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 21 de marzo de 1977; Magistrado Ponente José María Esquerro

Corte Suprema de Justicia. Sentencia febrero 2 de 2001 exp. 5670. Magistrado ponente Carlos Ignacio Jaramillo

Ley 1328 de 2009. Julio 15 de 2009.

Ley 1480 de 2011. Octubre 12 de 2011.

Ley 142 de 1994. Julio 11 de 1994.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-186 de 2011 (M. P. Sierra Porto Humberto Antonio; marzo 16 de 2011)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-909 de 2012; Magistrado ponente Nilson Pinilla.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia Expediente 6462 de 2002. Magistrado ponente Carlos Ignacio Jaramillo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. C-1100131030142001-01489-01. Magistrado ponente Jaime Alberto Arrubla Paúcar.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. SC1806-2015, Radicación N° 85001- 3189-001-2000-00108-01. Magistrado ponente Jesús Vall de Rutén Ruiz.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 27 de marzo de 1998 Casación Civil. Magistrado ponente José Fernando Ramírez Gómez

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de diciembre de 1936, Magistrado ponente Antonio Rocha

Sala de Casación Civil Corte Suprema de Justicia 15 de agosto de 2017. Sentencia SC20950-2017, Radicado No 05001-31-03-005-2008-00497-01. Magistrado ponente Ariel Salazar Ramírez

Sala de Casación Civil Corte Suprema de Justicia 25 de septiembre 2007. Magistrado ponente Carlos Ignacio Jaramillo

Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín 11 de septiembre de 2012. Sentencia 1336 A, Radicado No 05001-31-03-011-2003-00528-01. Magistrado ponente Piedad Cecilia Vélez Gaviria

Corte Suprema de Justicia Sentencia, Expediente No 11001 3103 024 1998 4175 01. Magistrado ponente Pedro Octavio Monar

Corte Constitucional. Sentencia C-060 del 24 de enero de 2001. Magistrado ponente Carlos Gaviria Diaz.

Corte Constitucional. Sentencia T-511 de 30 de junio del 2011. Magistrado ponente Jorge Iván Palacio.

