

**Cláusulas abusivas en el derecho de consumo,  
análisis y perspectivas en Colombia**

**Monografía jurídica para optar por el título de Abogadas.**

**Tatiana Paola Córdoba Muriel.**

**María de los Ángeles Cruz Cruz.**

**Asesor**

**Diego Alejandro Álzate Echeverri**

**Magister en Derecho Comercial y de los Negocios**

**Corporación Universitaria Lasallista**

**Facultad de Ciencias Sociales y Educación**

**Programa de Derecho**

**Caldas - Antioquia**

**2020**

## Tabla de Contenido

Resumen.....	6
Pregunta Problema.....	7
Introducción.....	8
Justificación.....	9
Objetivos.....	11
<b>Objetivo general:</b> .....	11
<b>Objetivos específicos:</b> .....	11
Metodología.....	12
Capítulo I definiciones y preliminares.....	13
<b>¿Quién es un consumidor?</b> .....	13
<b>¿Qué es un contrato de consumo?</b> .....	14
<b>¿Para qué se utilizan este tipo de contratos?</b> .....	17
<b>Antecedentes y acontecimientos sociales que antecedieron para que surgiera e implementara el derecho al consumidor en Colombia.</b> .....	18
<b>¿Cuáles son los derechos del consumidor?</b> .....	23
<b>¿Qué es una cláusula?</b> .....	27
<b>Utilidad ¿Para qué sirve las cláusulas?</b> .....	28
• <b>Cláusula penal:</b> .....	29
• <b>Cláusula compromisoria:</b> .....	29
• <b>Cláusula limitativa de la responsabilidad y exoneración de la responsabilidad.</b> .....	29
<b>Sobre las cláusulas abusivas.</b> .....	30
<b>¿Cuál es la fuente Jurídica de las Cláusulas abusivas?</b> .....	34
<b>Criterios para identificar una cláusula abusiva.</b> .....	37
<b>Ejemplos de cláusulas abusivas que podemos encontrar en los contratos de consumo.</b> .....	38
Capítulo II. la protección del consumidor en el contexto colombiano.....	42
<b>Utilidad.</b> .....	45
<b>Regulación de las cláusulas abusivas en Colombia.</b> .....	46
<b>Ley 1480 de 2011.</b> .....	48
<b>Aspectos generales, utilidad y aplicabilidad.</b> .....	48
<b>Regulación de la calidad, idoneidad y seguridad.</b> .....	50

Regulación de las garantías.....	52
Regulación y disposiciones para la protección contractual.....	54
Sobre las cláusulas abusivas en la Ley 1480 de 2011. ....	56
Control para las cláusulas abusivas en Colombia.....	57
La eficiencia en el control de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo.....	61
Acciones judiciales y administrativas para la reclamación de los derechos del consumidor.....	63
Competencias de las autoridades administrativas y judiciales.....	69
Capítulo III análisis de sentencias sobre protección contractual.....	75
Recolección de datos. ....	75
<b>Análisis de sentencia y fallos de la Superintendencia de Industria y Comercio y la jurisdicción ordinaria sobre casos de cláusulas abusivas que afectan al consumidor en Colombia. ....</b>	<b>76</b>
<b>Sentencia 7984 del 8 de julio de 2019.....</b>	<b>77</b>
Resumen de los hechos:.....	77
Normas violadas: .....	78
¿Por qué se considera cláusula abusiva?.....	78
<b>Sentencia 6172 de mayo 17 de 2019.....</b>	<b>80</b>
Resumen de los hechos:.....	80
Normas violadas: .....	81
¿por qué se consideran cláusulas abusivas?.....	82
<b>Sentencia 1379 de febrero 8 de 2019.....</b>	<b>82</b>
Resumen de los hechos: .....	82
Normas violadas: .....	83
¿Por qué se considera cláusula abusiva?.....	83
<b>Sentencia 4597 del 09de abril del 2019.....</b>	<b>85</b>
Resumen de los hechos:.....	85
Normas violadas: .....	85
¿Por qué no se considera cláusulas abusivas?.....	86
<b>Sentencia 3734 de marzo 26 de 2019.....</b>	<b>88</b>
Resumen de los hechos:.....	88
Normas violadas: .....	89

<b>¿Por qué se considera cláusula abusiva? .....</b>	<b>89</b>
<b>Sentencia 5236 de 29 de abril de 2019. ....</b>	<b>90</b>
<b>Resumen de los hechos:.....</b>	<b>90</b>
<b>Normas violadas: .....</b>	<b>91</b>
<b>¿Por qué se considera cláusula abusiva? .....</b>	<b>91</b>
<b>Sentencia 4589 del 2019 del 9 de abril del 2019. ....</b>	<b>92</b>
<b>Resumen de los hechos:.....</b>	<b>92</b>
<b>Normas violadas: .....</b>	<b>93</b>
<b>¿Por qué no se considera una cláusula abusiva?.....</b>	<b>93</b>
Conclusiones. ....	96
Referencias.....	98

## Lista de tablas

<b>Tabla 1. Procesos de acción de protección al consumidor sometidos a análisis con respecto a cláusulas abusivas en contratos de consumo en Colombia 2016-2018 .....</b>	<b>75</b>
---	-----------

### **Resumen.**

La siguiente monografía jurídica tiene como objetivo principal identificar los medios de protección que brinda el ordenamiento jurídico colombiano a los consumidores frente a las cláusulas abusivas en los contratos de consumo celebrados con proveedores o productores. Para ello, se recurre a una metodología de carácter cualitativo, donde se realiza un análisis jurídico- normativo sobre la Ley 1480 del 2011 y las sentencias ante la interposición de la acción de protección al consumidor tratadas por la Superintendencia de Industria y Comercio en el periodo 2016-2019. A partir de ello, se construye un conocimiento entorno a las cláusulas abusivas en los contratos de consumo, así como de los mecanismos de protección que nos otorga el ordenamiento jurídico colombiano y en especial el Estatuto del Consumidor, los cuales pueden constituirse como herramientas para enfrentar dichas situaciones a las cuales estamos expuestos en la cotidianidad.

Finalmente, se concluye que el Estatuto del Consumidor tiene una cobertura y una especificidad más amplia con respecto a las concepciones de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo en Colombia, se encuentra un funcionamiento eficiente del mecanismo de acción de protección al consumidor, pero se identifican falencias en temas de educación y divulgación respecto al tema.

**Palabras claves:** consumidor, contrato de consumo, cláusulas abusivas, Estatuto del Consumidor, sentencias SIC.

### **Pregunta Problema.**

¿Cuáles son los mecanismos de protección que les ofrece el ordenamiento jurídico colombiano a los consumidores afectados por cláusula abusiva en un contrato de consumo?

### **Descripción del problema:**

El planeamiento del problema se genera de la relaciones de consumo que diariamente se celebran entre consumidores y proveedores o productores, donde existe una parte débil y otra fuerte, la parte débil consumidor desconoce sus derechos y los mecanismos de protección que puede interponer frente a la jurisdicción ordinaria o a la Superintendencia de Industria y Comercio, para exigir los derechos que la parte fuerte (proveedores o productores) le vulneró por medio de una cláusula abusiva de un contrato de consumo, por tal razón es fundamental abarcar en esta investigación estos temas, para que al momento de que el consumidor se encuentre en un estado de desequilibrio frente al proveedor o productor tenga el conocimiento de cómo puede proceder.

### **Introducción.**

La protección del consumidor es uno de los temas que ha ganado importancia en el Derecho y aún más las cláusulas abusivas que causan perjuicios a los consumidores, debido a ello, se realiza esta monografía.

En el primer capítulo, se aborda la definición de cláusulas abusivas, citando los conceptos pertinentes para el estudio como los son consumidor, contrato de consumo y relación de consumo, asimismo, se caracterizan las cláusulas abusivas y se da lugar a algunos ejemplos de cláusulas que son consideradas dentro de la legislación internacional, se destacan todos los antecedentes sociales y económicos que han estimulado la promoción de la protección del consumidor y que han permitido la evolución de esta materia a nivel nacional.

En el segundo capítulo, se busca contextualizar la protección del consumidor en el contexto colombiano, haciendo alusión especial a la Ley 1480 de 2011, la cual también es conocida como el Nuevo Estatuto del Consumidor. Se describe brevemente el contenido y las regulaciones que dispone para garantizar la protección de los derechos de los consumidores. En seguida, se mencionan los mecanismos que pueden ser usados por los ciudadanos para reclamar protección a sus derechos y se hablará un poco sobre la eficiencia de los controles que se ejercen dentro del país para gestionar y controlar los procesos contenciosos frente al contenido de cláusulas abusivas en los contratos de consumo.

Como consecuencia al proceso de indagación sobre la protección de los consumidores, surge la necesidad de estudiar algunos ejemplos de situaciones reales para evidenciar la efectividad de la acción de protección al consumidor que ofrece el

Estatuto, por lo cual se realiza el análisis de algunas sentencias emitidas por la Superintendencia de Industria y Comercio durante el periodo comprendido entre el año 2016 y el 2019. A partir de esto, se deducen el tipo de cláusulas abusivas contenidas en los contratos y se caracteriza la vulneración de los derechos del consumidor con base a la legislación vigente.

Por último, el capítulo cuarto, contempla las conclusiones a las que conlleva el trabajo recopilatorio y cualitativo sobre las cláusulas abusivas en los contratos de consumo a nivel nacional.

**Justificación.**

A nivel general, la defensa y la protección de los consumidores ha cobrado importancia a causa de los cambios en las dinámicas sociales y económicas donde se encuentran inmersos los mercados. La masificación de los contratos, el surgimiento de los contratos de adhesión, la globalización, entre otros, han sido fenómenos promotores que han servido de fuerza motriz de la materia de protección contractual. Debido a ello, es preciso realizar una revisión completa desde el Derecho sobre la legislación que respalda la protección del consumidor y especialmente, las cláusulas abusivas que con frecuencia se encuentran consignadas en los contratos de consumo. Ante la afectación y los perjuicios que se causan a la parte débil, es necesario reconocer los mecanismos de protección de los que disponemos como consumidores, y aún más importante, conocer la eficiencia de los procedimientos.

Con base en lo expuesto, se realiza la presente monografía esperando realizar una contribución significativa en la materia de protección del consumidor ante cláusulas abusivas en contratos de consumo.

## **Objetivos.**

### **Objetivo general:**

Conocer y analizar la utilidad de los mecanismos de protección que ofrece el ordenamiento jurídico colombiano a favor del consumidor frente a cláusula abusiva del contrato de consumo

### **Objetivos específicos:**

- Conceptualizar los tipos de cláusulas abusivas de los contratos de consumo.
- Evidenciar los casos de cláusulas abusivas en los contratos de consumo de bienes y servicios de los últimos 3 años.
- Identificar las medidas de protección que tiene el consumidor frente a las cláusulas abusivas.

### **Metodología.**

Nuestra investigación está fundamentada en una metodología de naturaleza cualitativa, donde se busca la comprensión de un fenómeno específico desde las experiencias y análisis recogidos de la doctrina, la ley y la jurisprudencia.

De esta manera, se realiza un análisis jurídico y normativo de las cláusulas abusivas suscritas en los contratos de consumo, por medio del cual se busca dejar en evidencia el alcance del ordenamiento jurídico colombiano con respecto a los mecanismos de protección de los derechos del consumidor y su óptimo funcionamiento. El enfoque jurídico permitirá establecer de manera clara y concisa cuáles son los Derechos que como consumidores tenemos, así como los mecanismos de protección que nos proporciona el Estado.

Para la consecución de los objetivos, se realiza una revisión bibliográfica exhaustiva y se construye posteriormente el análisis jurídico recurriendo a las sentencias de los últimos tres años de la Superintendencia de Industria y Comercio, así como a la Ley 1480 de 2011 en adelante Estatuto del Consumidor.

## **Capítulo I definiciones y preliminares.**

Hemos sido testigos de la evolución del derecho y todos los fenómenos sociales que ha traído consigo, uno de estos fenómenos ha generado la necesidad de regular la libre voluntad de las partes para adquirir derechos correlativos, donde se pueden involucrar dos o más personas con el ánimo de crear, modificar y extinguir relaciones jurídicas de carácter económico, por tal razón nace el contrato. Además, la ley lo define en el artículo 1495 del Código Civil colombiano “contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”.

Siguiendo con la constante evolución de los contratos se han generado varias clases, con el fin de regular situaciones específicas, podemos encontrar los contratos típicos, atípicos, principales, accesorios, consensuales, solemnes, gratuitos, onerosos, bilaterales, unilaterales, deliberación y contratos por adhesión que será el centro de nuestro estudio, podemos definirlo como el tipo de contrato que no es deliberado, puesto que sus cualidades y condiciones ya se encuentran prefijadas, por regla general estas se encuentran en formatos comunes disponibles para las personas que quieran suscribirse a él.

### **¿Quién es un consumidor?.**

El artículo 5 numeral 3 de la Ley 1480 de 2011 expedida por el Congreso de la República, referida al Estatuto del Consumidor define el consumidor o usuario 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.

Así la definición de un contrato de consumo y de una relación de consumo, requieren la delimitación conceptual, de contenido y alcance, para responder a los ordenamientos jurídicos. Se realiza hincapié en el hecho de que un consumidor es entendido como quien adquiere el producto para uso final, y no para usarlo como parte de un proceso de manufactura adicional (Herrera, 2012).

Por otra parte, a la modalidad de un contrato de consumo se le atribuye una característica especial de formar un vínculo no paritario, puesto que desde una perspectiva clásica los consumidores se encuentran en una situación de debilidad económica y jurídica, la falta de experiencia requiere de intervenciones para garantizar sus derechos frente a la contraparte dominante (Herrera, 2012).

### **¿Qué es un contrato de consumo?.**

En primera instancia, es de suma importancia referirnos a la definición de un contrato de consumo que surge a partir de las tendencias modernas del derecho. Una de las aproximaciones más sencillas establece un contrato de consumo como un acuerdo de voluntades entre un productor y uno o varios consumidores para la adquisición de un

bien o un servicio (Villalba, 2011). Asimismo, Stiglitz (1999) suministra una noción de un contrato de consumo afirmando que este se refiere a:

El celebrado a título oneroso de un consumidor final, sea persona física o jurídica, con una persona física o jurídica, o una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada y que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los mismo por parte del primero, ya sea para su uso privado, familiar o social (p 32).

Luego (Herrera, 2012), basado en las Ley 1480 de 2011 construye la siguiente definición:

El contrato de consumo es aquel vínculo jurídico especialmente protegido entre un vendedor, suministrante (o su equivalente) o prestador de servicios intelectuales o materiales, y un consumidor, en virtud del cual el primero se obliga a entregarle un producto, transferirle un bien o prestarle un servicio, a este último, para su consumo, a cambio de una remuneración o precio, en condiciones de calidad, idoneidad y seguridad. (p 32)

La creación de la figura de un contrato de consumo se usa como un medio para relacionar los intereses contrapuestos de los proveedores con los consumidores y responden en la actualidad al Estatuto de Consumidor, un ordenamiento jurídico especial y exclusivo (Álvarez y Herrera, 2016).<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> *Contratos de adhesión*: En su artículo No 5 de la Ley 1480 de 2011, establece una definición legal y general para un contrato de adhesión como "Aquel en el que las cláusulas son dispuestas por el productor o

En suma, se distinguen algunos rasgos característicos de los contratos de consumo, y entre ellos, se destaca principalmente que estos pueden ser calificados como una aplicación de los contratos de compraventa, suministro, arrendamiento de servicios o bienes, y que el consumidor es una de las partes de la relación contractual por su carácter de destinatario final.

Se busca que los bienes o servicios satisfagan los estándares de calidad para cumplir las expectativas de los consumidores y que, generen relaciones masivamente por vocación propia del contrato (Herrera, 2012). Así, el contrato de consumo difiere de un contrato civil o comercial, y su modalidad utiliza condiciones generales de

---

proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas” (p 5). Lo anterior, para efectos en el derecho colombiano. En esencia, no difiere mucho de la definición ofrecida en la Ley 1328 de 2009, pero se destaca que “es una verdadera regla general aplicable a todas las relaciones contractuales en las que los consumidores estén involucrados como parte en dichos contratos” y que “la definición permite la construcción de un marco de delimitación dentro del que se desarrollan otros temas importantes aplicables a los contratos de adhesión” de acuerdo con lo expresado por Álvarez y Herrera (2016).

En la historia de la legislación colombiana, los contratos por adhesión han sido olvidados y solo a partir de la Ley 1480 han sido establecidas las disposiciones para su regulación. El Código de Comercio expedido en 1971 se mantuvo al margen de este tipo de contratos aun cuando la contratación masiva y la adhesión ya tenían protagonismo. Luego, esta circunstancia de olvido se repitió en el Decreto 3466 de 1982, en el cual se omitió este tipo de contratos por desconocimiento de la realidad de los mercados nacionales. El primer acercamiento a los contratos por adhesión se realizó en el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, “que estableció una serie de requisitos obligatorios para las pólizas expedidas en los contratos de seguro” (Álvarez y Herrera, 2016,168).

Más tarde, la Ley 142 de 1994 sobre servicios públicos domiciliarios, en su artículo 128, se refiere a este tipo de contratos dándole el calificativo de contratos de condiciones uniformes. Con la llegada de la Ley 1328 de 2009, se establece una definición formal y legal de un contrato por adhesión en el sistema colombiano. A pesar de los esfuerzos y las buenas intenciones por preocuparse las regulaciones relativas al contrato por adhesión, surgen restricciones a causa de los ámbitos de aplicación en que se circunscriben cada una de las leyes.

En el capítulo segundo de la Ley 1480 de 2011, se establecen las condiciones generales para la negociación en contratos de adhesión considerando que deben cumplir un mínimo en cuanto a la información suficiente, anticipada, concreta, legible, comprensible y sin espacios en blanco de la información suministrada al adherente sobre los alcances y efectos de las disposiciones contractuales, y en el caso de un contrato de seguros, deberá proporcionarse información explícita de la cobertura, las exclusiones y las garantías . La Ley 1480 prohíbe incluir cláusulas que le permitan al proveedor cambiar los contenidos contractuales unilateralmente o en su defecto, reducir sus obligaciones en la relación.

No menos importantes, la Ley 1480 establece disposiciones para constituir y regular los términos de permanencia mínima, donde la Superintendencia de Industria y Comercio, como ente de autoridad en la materia, está encargada de “instruir la forma en que se deberá presentar a los consumidores la información sobre las cláusulas mínimas de permanencia y las cláusulas de prórroga automática” .

contratación para darle lugar a la realización masiva de operaciones de manera ágil y masiva (Herrera, 2012). También difiere de un contrato por adhesión, pues este último “implica que una de las partes se adhiere a la propuesta contractual diseñada y elaborada por la contraparte”, y un contrato de consumo, sin importar como se celebre, se enfoca es en la finalidad de consumo (Álvarez y Herrera, 2016)

### **¿Para qué se utilizan este tipo de contratos? .**

El contrato de consumo surgió a través de un fenómeno económico empresarial y fue debido a la gran producción de bienes y servicios y a la gran oferta y demanda que se vio la necesidad de ofrecer sus productos a un público más amplio, implementando menos recursos, de esto surgió la creación de medios masivos de contratación para lograr simplificar la relación contractual que se da entre el oferente y adherente, en este caso el consumidor.

La contratación en masa se ha venido implementando "ante la necesidad urgente de viabilizar y agilizar el intercambio masivo de bienes y servicios a un menor costo" (Soto, 2009.327), esta relación que se da a través de la celebración de los contratos de consumo se presta para el abuso, donde la parte fuerte dentro del mercado abusa de su posición e introduce cláusulas que los favorecen mientras desfavorecen a la otra parte contratante.

Salazar por su parte tiene una postura similar a las anteriores, donde manifiesta que los contratos de consumo también son utilizados para:

[...] agilizar el intercambio comercial y garantizar la seguridad de las partes para arriesgar sus bienes en el mercado; ante esta nueva

estructura del contrato, solo ha sido evidente que existe un modelo en el que hay una adhesión masiva de una parte que cristaliza su consentimiento sin haber intervenido en la negociación contractual y la otra que impone cláusulas sin que puedan ser debatidas, ya que se pretendía que los contratos, al igual que los servicios y los bienes, se produjeran de manera eficiente, con la finalidad de disminuir costos y tiempo en el perfeccionamiento de las negociaciones (citado en Cabrera, 2011,s.f)

Esto quiere decir que este modelo de contratación es utilizado en el libre intercambio de los bienes y servicios en el mercado, donde los grandes agentes económicos tratan de alcanzar la maximización de los beneficios, en el caso de las empresas, y la satisfacción de un mayor número de necesidades, en el caso de los consumidores, de igual manera en la masificación de contratos similares para todas las negociaciones que versen sobre un mismo tema, lo cual puede generar desequilibrios y desigualdades entre las partes contratantes como lo hemos venido mencionando anteriormente.

### **Antecedentes y acontecimientos sociales que antecedieron para que surgiera e implementara el derecho al consumidor en Colombia.**

Las relaciones proveedor-consumidor se han incrementado y se han intensificado notablemente a través del tiempo a causa de los procesos de globalización y a la apertura que han tenido los mercados. La masificación de la producción, la industrialización, la optimización de los procesos de manufactura y los avances en la tecnología, en conjunto con un incremento en las expectativas de

mejorar los niveles de vida y un acceso a los bienes y servicios menos restringido para los diferentes sectores sociales, han desencadenado un fenómeno de consumismo (Herrera, 2012).

Son múltiples los acontecimientos que históricamente han aportado a los cambios adoptados para la celebración de contratos. La revolución francesa, según López y Martelo (2012), bajo su política de “laissez faire” cambió el sistema económico tras la implementación de un mercado libre donde el Estado actuara como espectador con una mínima intervención, y en su lugar, se les otorgara protagonismo a las partes principales: el proveedor y el consumidor. La libre competencia y una clase dominante conformada por los empresarios hacían parte esencial de este sistema económico. Asimismo, posteriormente la revolución industrial, por ejemplo, conllevó a la mutación del fenómeno de intercambio de bienes dentro de la sociedad, introdujo la fabricación y la elaboración de productos a grandes escalas e incluso, causó una reestructuración del derecho en los contratos (Villalba, 2011,173).

A pesar de que existe en el tiempo una correspondencia entre el consumidor y el proveedor, por mucho tiempo el consumidor no fue considerado parte fundamental en las negociaciones debido a que se daba prioridad al desarrollo de la competitividad, a la producción y a la comercialización en masa de bienes y servicios para maximizar los ingresos, es decir, se buscaba el crecimiento y el fortalecimiento de los proveedores. Sin embargo, el contexto desarrollado a nivel social, político y económico, al igual que la masificación de las relaciones económicas exigieron la implementación de un nuevo modelo de contratación masivo y se comenzó a visibilizar a los consumidores con mayor importancia y determinación.

En el siglo XX, se reconoce el papel primordial de los consumidores en el mercado como agentes receptores a quienes se destina toda producción de bienes y servicios, al mismo tiempo que se empieza una etapa de reconocimiento del fuerte posicionamiento de los productores y comerciantes, “advirtiendo una profunda desigualdad” e incentivando al desarrollo de una visión más proteccionista de la parte más vulnerable en la relación: el consumidor, atribuida al Estado (Herrera, 2012; López y Martelo, 2012,11). La imposición de términos y condiciones en los contratos por parte de los proveedores, la parte dominante y fuerte, limitaba a los consumidores, la parte débil, a aceptarlos si existía la necesidad de adquirir un bien o servicio; la jurisprudencia y la normatividad introducen las modificaciones necesarias para equilibrar el poder y proteger a los consumidores (Herrera, 2012).

Posteriormente, se desarrolló un orden jurídico enfocado a atribuir una serie de derechos especiales a los consumidores dotados de un espíritu de equidad y justicia, y demandando respuestas sustanciales y procesales novedosas para “la defensa del consumidor, un aumento de las cargas de los profesionales, el establecimiento de reglas especiales de interpretación, la estructuración de un régimen de cláusulas abusivas , agravación de la responsabilidad del fabricante, mayor represión de la publicidad engañosa y creación de ligas de consumidores” (Herrera, 2012).

De acuerdo con Herrera (2012), la constitución formal del derecho de consumo requirió que el contrato en sí mismo, adquiriera una fisonomía específica por efecto de la intervención estatal a través de las reglas especiales, juntamente con amplias facultades a las autoridades administrativas y judiciales para corregir todo exceso por parte de la parte dominante, el proveedor. También resalta que, para la consecución

de un equilibrio y la protección de los derechos del consumidor, se requiere de la intervención del Estado para garantizar la transparencia y el amparo oportuno.

Según Villalba (2011), después de evidenciar las relaciones contractuales de disparidad, el derecho a direccionado sus esfuerzos a construir y garantizar una justicia contractual a favor de la parte débil, razón por la cual desde la década de los 70's diferentes ordenamientos jurídicos internacionales tomaron partido con la construcción de políticas de protección del consumidor incentivando los movimientos de los consumidores y las reglamentaciones más robustas sobre los contratos de consumo.

En Colombia, a partir de la década de los 80's, se crea la Ley 73 de 1981 conocida como la "Ley General del Consumidor" en la cual el Estado "dictó normas encaminadas a ejercer el control de la distribución, venta de bienes y servicios, y al establecimiento de las sanciones y procedimientos para imponerlas a quienes violen sus disposiciones". Esta ley se refiere al otorgamiento de facultades al presidente de la República con respecto a los mecanismos y procedimiento para gestionar la responsabilidad de los proveedores y las condiciones en la distribución de los bienes y servicios prestados, la creación de organismos administrativos y jurisdiccionales, así como la creación de normatividad pertinente y el establecimiento de las sanciones.

Asimismo, la Ley 73 de 1981 reconoce al consumidor la necesidad de su defensa e incentiva la protección del mismo, por medio de las facultades que le suministra al presidente de la República para ejercer control, imponer sanciones y establecer los procedimientos en caso de incumplimiento. En ella, se contemplan algunas exigencias sobre calidad, idoneidad, transparencia de la información y la

transparencia de las actuaciones del proveedor o productor, por ejemplo, imponiéndole una fijación de precio de carácter público (López y Martelo.2011, 15). En esencia, esta ley fue el punto de partida para proyectar las garantías al consumidor reconociendo su posición débil y poco ventajosa dentro de la relación contractual con los proveedores.

Con la entrada en vigencia de la Ley 73, se expide Ley 1441 de 1982 donde se regulaba "... la organización, el reconocimiento y el régimen de control y vigilancia de las ligas y asociaciones de consumidores" y se expide el Decreto 3466 del 1982, mejor conocido como el primer Estatuto General del Consumidor, una norma innovadora que abarcaba diferentes disposiciones en pro de la protección al consumidor (Villalba, 2009; López y Martelo.2011, 16).

Posteriormente, la Constitución Política de 1991 consagra el derecho al consumo como un derecho colectivo (Art. 76) y responsabiliza al Estado y a los productores de garantizar este mismo. Además, se expiden los Decretos 2152 y 2153 en el año 1992, donde se asignaban funciones con relación a la protección de los consumidores al Ministerio de Desarrollo Económico y a la Superintendencia de Industria y Comercio. Sin embargo, hoy en día estos Decretos están "parcialmente derogados" (Villalba, 2009; Ossa, 2010).

El Decreto 2269 de 1993 por su parte, dio lugar a la organización del Sistema Nacional de Normalización, Certificación y Metrología. La Ley 100 de 1993 permitió la introducción de normas sobre la libertad del consumidor para elegir un bien o servicio determinado, así como en relación con su estado de satisfacción. Se expide la Ley 142 del 1994, donde se regulan la prestación de servicios públicos domiciliarios y las

disposiciones tendientes al contrato de consumo, la Ley 256 del 1996 relacionada en materia de competencia desleal en el país y el Decreto 2531 de 1991, modificado por efecto de la Ley 1340 de 2009, que le delega las funciones a la Superintendencia de Industria y Comercio “para la protección de las actividades económicas en territorio nacional” para favorecer a los consumidores. Por último, se expiden la Ley 472 de 1998 que “modificó el Decreto 3466 de 1982 en el asunto de indemnización por perjuicio al consumidor”, la Ley 1328 de 2009 que “establece claras disposiciones en materia del consumidor financiero” y la más reciente Ley 1480 de 2011, constituida como el “Nuevo Estatuto de Protección al Consumidor” (Villalba, 2009; Ossa, 2010; López y Martelo.2011, 17).

En general, a través del tiempo se percibe una tendencia hacia la protección de los consumidores donde la jurisprudencia ha tenido un papel determinante tanto a nivel internacional como a nacional, aun cuando en el país existan vacíos por llenar. Se han asignado responsabilidades, se han otorgado derechos y deberes a los consumidores, e incluso se han desarrollado instrumentos para propiciar la defensa de la contraparte más desfavorecida. Lo anterior proyecta un avance en materia de derecho del consumidor.

### **¿Cuáles son los derechos del consumidor?**

El derecho de consumo puede ser comprendido como una rama del derecho reciente cuyos orígenes y fundamentos provienen como lo manifiesta la doctrina del derecho romano. Del mismo modo, puede ser entendido como “un conjunto normativo que enmarca la protección del consumidor dentro de la relación del consumo, en un sentido amplio, que constituyen la disciplina del derecho del consumidor” (López y

Martelo, 2012, 22). Sin embargo, es importante resaltar que el derecho del consumidor no busca inclinarse totalmente hacia el consumidor, sino que tiene como finalidad corregir los desequilibrios en la relación de consumo brindando herramientas de protección a la parte débil, pues su posición responde a las dinámicas del libre mercado (Villalba, 2009).

El Estatuto del Consumidor vigente, en su artículo 3, se refiere a los derechos y los deberes de los consumidores y usuarios. Así, a continuación, se discriminan todos los derechos del consumidor:

- Derecho a recibir productos de calidad

Se espera que el consumidor reciba el producto o el servicio en conformidad con las condiciones que han sido establecidas en la garantía legal, las condiciones ofrecidas y las condiciones habituales que ofrece el mercado . Según (Herrera, 2012) Se busca garantizar que los bienes y servicios satisfacen “las condiciones de calidad, idoneidad y seguridad que les son connaturales”.

- Derecho a la seguridad e indemnidad

Se relaciona con el hecho de que “... los bienes adquiridos no causen ningún daño cuando se use en condiciones normales y a la protección contra las consecuencias nocivas para la salud, la vida o la integridad de los consumidores”. Los proveedores/productores deben garantizar la seguridad de los consumidores y realizar todas las gestiones para evitar situaciones que comprometan la integridad física, la salud o la vida de estos.

- Derecho a recibir información

El consumidor tiene todo el derecho a recibir “información 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”. Lo anterior, porque la capacidad que tiene un individuo de protegerse depende de la cantidad de información que este posea y/o del acceso que tenga a ella.

- Derecho a recibir protección contra la publicidad engañosa

La publicidad engañosa está definida como “aquella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión”. Cuando un proveedor proporciona publicidad engañosa, no solo vulnera este derecho sino el derecho a la información que se mencionaba con anterioridad, pues se incurre en una falta al principio de transparencia, no se brinda información completa y no tampoco de carácter verídico.

- Derecho a la reclamación

“Reclamar directamente ante el productor, proveedor o prestador y obtener reparación integral, oportuna y adecuada de todos los daños sufridos, así como tener acceso a las autoridades judiciales o administrativas para el mismo propósito, en los términos de la presente ley. Las reclamaciones podrán efectuarse personalmente o mediante representante o apoderado” .

- Derecho de elección

“Elegir libremente los bienes y servicios que requieran los consumidores”.

- Derecho a la participación

“Organizarse y asociarse para proteger sus derechos e intereses, elegir a sus representantes, participar y ser oídos por quienes cumplan funciones públicas en el estudio de las decisiones legales y administrativas que les conciernen, así como a obtener respuesta a sus peticiones” .

- Derecho de representación

“Los consumidores tienen derecho a hacerse representar, para la solución de las reclamaciones sobre consumo de bienes y servicios, y las contravenciones a la presente ley, por sus organizaciones, o los voceros autorizados por ellas” .

- Derecho a informar

“Los consumidores, sus organizaciones y las autoridades públicas tendrán acceso a los medios masivos de comunicación, para informar, divulgar y educar sobre el ejercicio de los derechos de los consumidores”.

- Derecho a la educación

“Los ciudadanos tienen derecho a recibir educación sobre los derechos de los consumidores, formas de hacer efectivos sus derechos y demás materias relacionadas”.

## Derecho a la igualdad

“Ser tratados equitativamente y de manera no discriminatoria”.

La Ley 1480 de 2011 no solo contempla los derechos citados antes, sino que establece como deberes de los consumidores el auto informarse sobre los productos o servicios, obrar de buena fe y cumplir con las normas establecidas para el reciclaje y la disposición de desechos que debe realizarse posterior al consumo.

## **¿Qué es una cláusula? .**

Desde la gramática es una oración simple, independiente de un sujeto y tiene un complemento indirecto o directo (Rojo, 1978).

En lo que respecta al significado jurídico, la cláusula es el medio donde se establecen las condiciones de lo acordado por las partes y se consagra en un documento que recibe distintos apelativos como: contratos, testamentos entre otros similares.

En el caso de las contrataciones, las cláusulas son vistas como condiciones o estipulaciones formuladas dentro de un contrato (Soto, 2003). De igual manera, se considera primordial referirse y diferenciar las cláusulas generales de contratación, que de forma concisa son disposiciones formuladas preventiva, previa y unilateralmente por una de las partes (Soto, 2003). Este tipo de condicione se desarrollan en general por las empresas para fijar contenidos con elementos propios, y para publicitar y celebrar una gran cantidad de contratos en el futuro.

En suma, las cláusulas pueden ser reconocidas como el conjunto de disposiciones que conforman un contrato, y que en el caso específico de un contrato de consumo, permiten la celebración condicionada de un vínculo jurídico proveedor/productor- consumidor.

### **Utilidad ¿Para qué sirve las cláusulas?.**

Las cláusulas como lo menciona Stiglitz (1999), pueden ser aplicadas en distintos ámbitos administrativos al igual que en la vida cotidiana, constituyendo una base de construcción y marcando un punto de referencia en un convenio. Como ejemplo hacemos referencia al contrato de trabajo, en el cual se establecen cuáles son los derechos y las obligaciones de las partes, el trabajador y el empleador, especificando funciones y detalles de su desempeño, al mismo tiempo que se establecen beneficios o contraprestaciones en retribución a las labores desempeñadas. Estas cláusulas por regla general son escritas en forma de ítems, con el objetivo que el documento sea comprensible para ambas partes. Como sociedad hemos evolucionado al punto de convertir las cláusulas en herramientas idóneas en diferentes actos jurídicos para establecer acuerdos entre partes.

De acuerdo con lo anterior, las cláusulas sirven para condicionar la celebración de contratos, o en su defecto, la construcción de otros documentos relacionados con actos jurídicos. Por medio de estas, se deja explícitamente los condicionamientos y las posiciones acordadas por las partes sobre los efectos cuando se trata de un contrato. Además, sin duda alguna contienen información vital para la gestión de control,

supervisión y sustentación de situaciones contractuales en caso de presentarse incumplimiento de las obligaciones consagradas en el contrato por alguna de las partes, por citar algún ejemplo, permitiendo la actuación de las autoridades y el debido proceso para la imposición de sanciones.

A continuación, daremos algunos ejemplos de las diferentes cláusulas que podemos hallar en un contrato.

- **Cláusula penal:** el artículo 1592 del Código Civil Colombiano, la define como “aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”.

- **Cláusula compromisoria:** *“Es el pacto contenido en un contrato o en un documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral. Entretanto, el compromiso es un negocio jurídico por medio del cual las partes involucradas en un conflicto presente y determinado convienen resolverlo a través de un Tribunal de Arbitramento” Sentencia T-511/11.*

- **Cláusula limitativa de la responsabilidad y exoneración de la responsabilidad:** Las primeras, son aquellas que son adscritas a aquellas que recaen sobre los criterios de imputación de la responsabilidad (*an debeat*) y que por lo tanto impiden su surgimiento. Por su parte, las segundas se refieren a aquellas que recaen exclusivamente sobre el "cómo" de la indemnización, específicamente sobre

el *quantum debeatur* o la modalidad de la reparación. Esto, bajo una óptica de distinción entre la responsabilidad y el resarcimiento, particularmente relacionadas con el deber de resarcir el daño causado en virtud del incumplimiento de las obligaciones contractuales y al alcance del resarcimiento, respectivamente (Díaz, 2012).

### **Sobre las cláusulas abusivas.**

La legislación colombiana en la Ley 1480 de 2011, conocido Estatuto del Consumidor, da una breve definición de lo que es una cláusula abusiva, exponiendo lo siguiente:

Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza (p 24)

Así, Stiglitz (1999) ofrece diferentes definiciones para las cláusulas abusivas provenientes de las fuentes doctrinales, donde las relacionan con un desequilibrio en la relación de consumo. Una de ellas, establece que:

Toda cláusula que entrañe en ventaja exclusiva del empresario un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, siempre que lo sea en contrato por adhesión concluido entre un empresario y un consumidor, unilateralmente pre-redactado por el primero (p 34)

Sin embargo, esta definición hace alusión únicamente a los contratos predispuestos por lo cual es criticada. Paralelamente, Stiglitz (1999) agrega una definición para una cláusula abusiva siendo “Toda cláusula o toda combinación de cláusulas que entrañen en el contrato un desequilibrio de los derechos y obligaciones en perjuicio de los consumidores”. A ello, Stiglitz especifica que el desequilibrio debe ser significativo o manifiesto.

El autor, agrega una tercera definición que expone lo siguiente:

Cláusula cuyo contenido o elementos esenciales queden al arbitrio del predisponente o las establecidas en su beneficio exclusivo y en perjuicio del adherente, que comprometan el Contexto 35 principio de la mayor reciprocidad de intereses o que contengan la enuncia por el consumidor de facultades, sin fundamentos declarados que lo justifiquen. (p 34-35)

En suma, Stiglitz (1999) complementa su trabajo identificando dos clases de concepciones en el uso de las cláusulas abusivas,” una amplia, según la cual estas cláusulas pueden darse tanto en los contratos de libre discusión como en los de adhesión; y otra restringida, que limita su presencia a los contratos de adhesión”.

Suárez (2017), ofrece una definición desde la perspectiva desde la jurisprudencia arbitral para las cláusulas abusivas siendo entendidas como:

aquellas que establecen, sin explicación seria, proporción ni razonabilidad, ventajas o prerrogativas excesivas para el predisponente o cargas, obligaciones o gravámenes injustificados para el adherente, todo ello en detrimento del

principio de celebración y ejecución de buena fe contractual y del normal y razonable equilibrio contractual. (p 15).

De acuerdo con esta concepción, debe tenerse claridad con los contratos de adhesión pues no todos son predisponentes y asimismo, se refiere a una conceptualización de la buena fe como un conjunto de criterios valorativos de carácter objetivo que permiten dar cumplimiento a las disposiciones del contrato sin quebrar el equilibrio jurídico.

Por su parte, Soto (2003) aclara que el término “abusivo” atribuido a las cláusulas en este contexto, no corresponde a una naturaleza del abuso de derecho, sino que se refiere a una conducta de exceso cuando una relación contractual reporta una ventaja indiscriminada de una de las partes. Atendiendo a esto, afirma que la existencia de una cláusula abusiva en una relación contractual está asociada con desviaciones en el principio de buena fe, una desnaturalización de la relación, un perjuicio contra la parte débil de la relación o una atribución excesiva por parte del predisponente del contrato (Soto, 2003). En contrapartida, Echeverri (2011) opina que las cláusulas abusivas son las que revelan un abuso del derecho, procedente del hecho de que el predisponente se apropia de la autonomía privada para elaborar por sí solo el contrato, considerándose superior al consumidor por su posición.

Cabe resaltar que Soto (2003) expone que “serán abusivas las cláusulas que supriman o reduzcan las obligaciones y responsabilidades del predisponente o cuando aumenten las obligaciones y cargas del adherente” argumentando una desnaturalización de la relación contractual y una afectación al principio de buena fe

que considera la directriz de la negociación. Aunque su afirmación es pertinente, no debe perderse de vista que está limitándose a un contrato de adhesión, siendo lo más propicio hablar del consumidor o la contraparte de la relación de consumo.

Conciliando el pensamiento doctrinal y la jurisprudencia, las cláusulas abusivas se caracterizan por ser predispuestas, cuyas circunstancias permiten al predisponente una imposición sin negociación para el adherente y un caso claro de esto, es el contrato de adhesión. Igualmente, las cláusulas abusivas generan un desequilibrio jurídico en el contrato como varios autores lo mencionan; las dimensiones económica y jurídica del contrato sufren rupturas o alteraciones con respecto a las condiciones de equilibrio negociadas y aceptadas por las partes, pero solo las afectaciones del equilibrio jurídico serán consideradas como cláusulas abusivas (Posada, 2015). Lo anterior implica simultáneamente que el desequilibrio sea solo justificado cuando se altere severamente el equilibrio que debe persistir entre los derechos y las obligaciones adquiridas por las partes.

Así como Soto (2003), Posada (2015) destaca la importancia que tiene el principio de buena fe en una relación contractual concediéndole a las partes conciencia, intención de obrar bien, lealtad, honestidad, confianza y transparencia. Este último, asegura que el principio de buena fe conlleva a la construcción de una relación fundamentada en la cooperación asegurando que sean satisfechos los intereses individuales, se impone al predisponente honrar a la contraparte y mantiene el equilibrio jurídico de la relación contractual.

Soto (2003) puntualiza que las cláusulas abusivas se refieren exclusivamente al contenido del contrato y no a las prestaciones de la relación, es decir, no se relaciona con los bienes o servicios adquiridos por el consumidor o las contraprestaciones que recibió el proveedor/productor. Además, hace hincapié en el hecho de que las cláusulas abusivas deben identificarse en un contrato particular, pues las calificaciones de abstracción pueden llevarnos a incurrir en errores o contraer consecuencias sobre el contrato y las responsabilidades.

Por último, García y Gallego (2016) concluyen que en las relaciones de consumo no es necesario que exista una cláusula del contrato que amenace los intereses de alguna de las partes, pues “la actitud de alguno de ellos, los lugares escogidos para contratar, la desigualdad intelectual, la ligereza del tiempo, la ambigüedad del texto y lo extenso del mismo, son ya un llamado de alerta” cuando se habla de protección al consumidor.

### **¿Cuál es la fuente Jurídica de las Cláusulas abusivas?.**

Con frecuencia, en Colombia el sistema jurídico nacional adolece de vacíos y de inexactitud en sus procesos. Debido a ello, cuando nos preguntamos cual es la fuente jurídica de las cláusulas abusivas se identifica en primer lugar una tendencia generalizada a confundir las figuras entre las causas mediatas y las causas inmediatas (Arango, 2016).

Arango (2016) expone que el Derecho en sí mismo, cuenta con instituciones cuyo objeto consiste en determinar cuándo y cómo debe eliminarse una cláusula abusiva. Además, afirma que existe la posibilidad de apelar a los principios de buena

fe y el abuso del Derecho, al igual que a los vicios del consentimiento, como el dolo y la violencia, para generar nulidad y responsabilidad civil contractual, atendiendo a las tendencias del sistema jurídico.<sup>2</sup>

Dado que el principio de buena fe es considerado un principio constitucional, cuando se apela con este recurso y se usa para la corrección de las cláusulas abusivas se consigue una nulidad absoluta por violación de la constitucionalidad e incumplimiento de las responsabilidades contractuales o precontractuales. Paralelamente, el abuso del Derecho contempla el causar daños a otro, obligando a la parte a pagar los mismos. Así, en un contrato se incurre en un abuso del Derecho cuando se afecta el equilibrio jurídico de la relación contractual por extralimitaciones en la ejecución de sus propios derechos.

En su escrito, Arango (2016) da claridad comentando que “una cosa son las causas del problema y otra las del Derecho”, razón por la cual sugiere la existencia de un problema evidente de identificación y confusión que direcciona al uso de recursos como los vicios de consentimiento, aun cuando no son los más propicios. Ahora, si bien los contratos de adhesión constituyen un ambiente más predisponente potencial para la creación de cláusulas abusivas, el hecho de que la jurisprudencia y las doctrinas acepten la existencia de cláusulas abusivas en otro tipo de contratos genera contratiempos, “lo abusivo —o despótico— de este tipo de cláusulas que pueden estar presentes en cualquier contrato y no solo en los de adhesión o negocios tipo” (Corte Suprema de Justicia, 2001).

---

<sup>2</sup> En referencia al principio de buena fe, se destaca que desde la perspectiva objetiva esta es considerada una base jurídica para la celebración de contratos exigiendo lealtad y honestidad de las partes, y de ella se puede derivar el abuso del Derecho (Pizarro, 2012; Arango, 2016). El dolo y la violencia por su parte estarían relacionadas con la actitud malintencionada y al abuso de la posición negocial respectivamente (Arango, 2016).

Otra causa de conflicto jurídico que se identifica se refiere a la confusión en los términos. Arango (2016) afirma que “si bien están ligados, no son lo mismo. La violencia vicia el consentimiento; el abuso propicia el derecho de indemnización y la buena fe puede ser creadora de responsabilidad o de nulidad” (p 249). En el caso del principio de buena fe, de este se deriva la prohibición de abuso del Derecho como obligación secundaria por lo cual se comparten elementos dándole lugar a la posibilidad de usarlos indiscriminadamente por los operadores jurídicos en diferentes procesos (Gil, 2013; Arango, 2016).

El abuso de Derecho es fuente de obligaciones. En contrapartida, en presencia de las cláusulas abusivas no se crea ninguna obligación porque las mismas son eliminadas; la jurisprudencia establece que “... una cláusula es abusiva porque proviene del abuso del Derecho; como este está prohibido, la cláusula es inválida porque lesiona un principio general del sistema jurídico que impone un deber de conducta” (Tamayo, 2007; Arango, 2016). Luego, puesto que una cláusula abusiva aún no se ha ejecutado, no se incurre en la acusación de daño alguno. Bajo estas circunstancias, no es posible identificar los elementos para establecer un abuso del Derecho: la culpa, el daño y el nexo de causalidad. Arango (2016) afirma que “una cláusula abusiva pertenece al abuso del Derecho, porque tiene la potencialidad de dañar a uno de los contratantes, al cargarle en exceso dentro del contrato”.

Para Arango (2016) una cláusula abusiva pertenece al abuso del derecho y por lo mismo, sugiere que:

En este punto se hace necesario diferenciar el término de cláusulas abusivas y prácticas abusivas, ya que las segundas generan daños y son la ejecución de estipulaciones ya establecidas sean o no estas abusivas, podemos entonces sustentar las prácticas abusivas en el abuso del derecho (Arango, 2016, 250)

En otras palabras, Arango nos expone que en las cláusulas abusivas sirven como el medio para plasmar o estipular dentro de los contratos de consumo las prácticas abusivas que nacen de esa intención de hacer daño, por lo cual estos dos términos no se deben confundir, porque el primero sirve como el modo y el segundo la manifestación de la voluntad.

### **Criterios para identificar una cláusula abusiva.**

La identificación de cláusulas abusivas puede realizarse usando como criterios la buena fe y el justo equilibrio entre las partes de la relación contractual. Sin embargo, la buena fe debe ser asumida como un conjunto de normativas valorativas y no en términos de un principio constitucional, conduciendo un proceso de enjuiciamiento de la justicia contractual misma ().

Así pues, se establecen situaciones que pueden implicar cláusulas abusivas relacionadas con los dos criterios mencionados con anterioridad. Con relación a esto, Herrera y Álvarez (2017) plantea:

- El rompimiento de la buena fe contractual, siendo esta el origen de los derechos y las obligaciones de las partes de la relación y que implica una regla generalizada de confianza.

- La “ruptura del sinalagma”, que ocasiona un desequilibrio en la relación contractual afectando al consumidor. En este apartado, cabe resaltar que, aunque existe el equilibrio económico y el equilibrio jurídico, las cláusulas abusivas se relacionan con este último, es decir, con el contenido del contrato específicamente.

Suárez (2017) explica que “... las cláusulas serán abusivas si atribuyen al predisponente derechos y facultades de carácter exorbitante, o si introducen limitaciones o restricciones injustificadas en los derechos y facultades de los adherentes” o en caso contrario, “... las cláusulas serán abusivas cuando supriman o reduzcan obligaciones o responsabilidades del predisponente y cuando aumenten las cargas y las obligaciones del adherente” (p 17-18).

El derecho internacional puntualiza en el hecho de que el desequilibrio además debe caracterizarse por ser injustificado o no legítimo (Herrera y Álvarez, 2017). Igualmente, indica que no se trata de perseguir una igualdad absoluta, sino que se consiga un equilibrio razonable entre las partes del contrato

Un tercer elemento, aun cuando siga en discusión, se refiere a:

- La ausencia de negociación individual, es decir, cuando las cláusulas del contrato no han sido negociadas y hayan sido redactadas con anterioridad sin que el consumidor pueda influir en el contenido del contrato.

### **Ejemplos de cláusulas abusivas que podemos encontrar en los contratos de consumo.**

A continuación se citan algunos ejemplos de cláusulas que han sido consideradas como abusivas a nivel internacional y desde la legislación colombiana.

Así, dentro de las disposiciones que se encuentran abusivas desde la perspectiva del del régimen especial de protección establecido para los contratos de adhesión con consumidores, incorporado en la ley 1480 de 2011 y que en general suelen ser las más polémicas a nivel nacional, encontramos:

- Las que exoneran o limitan la responsabilidad del proveedor en caso de incumplimiento.
- Las que otorgan facultades o autorizan al proveedor a modificar o terminar unilateralmente el contrato a su simple voluntad y sin justificación.
- La cláusula resolutoria pactada exclusivamente a favor del proveedor.
- Las que contengan cualquier precepto que imponga la carga de la prueba en perjuicio del consumidor cuando legalmente no le corresponda.
- Las que establezcan que el silencio del consumidor se tendrá por aceptación de cualquier modificación, restricción o ampliación de lo pactado en el contrato.
- Cláusulas de aceptación de riesgo o aumento de responsabilidades del consumidor. Por ejemplo, asumir las consecuencias derivadas del caso fortuito o la fuerza mayor.
- Cláusulas que abrevian el plazo de prescripción.
- Las que atribuyen al proveedor la facultad para fijar el precio o la remuneración de la otra parte de manera arbitraria.
- Cláusulas de exclusividad en circunstancias desfavorables.
- Las que impliquen renunciaciones a los derechos del consumidor.
- La cláusula que le confieran al proveedor el derecho exclusivo de interpretar el significado, alcance y cumplimiento de las disposiciones del contrato

En este sentido, las cláusulas mencionadas con anterioridad son similares a las situaciones en las cuales la Subsecretaría de Defensa de la Competencia y Defensa del consumidor de Argentina (Resolución 26 de 2003) determina la existencia de cláusulas abusivas, agregando además las siguientes:

- Aquellas que establezcan que cuando el consumidor se encuentre en mora, respecto de obligaciones previstas en el contrato, el proveedor pueda cancelar la misma por compensación con otras sumas que el consumidor hubiera suministrado al proveedor como consecuencia de otro contrato o de la provisión de otro producto o servicio, excepto cuando la compensación se encuentre autorizada por normas legales especiales, en cuyo caso el proveedor deberá informarlo al consumidor en el contrato.
- Las disposiciones infrinjan normas de protección del medio ambiente o posibiliten su violación
- Las disposiciones faculten al proveedor a suministrar otros productos o servicios no incluidos en el contrato, sin la previa y expresa aceptación por el consumidor y/o imponiéndole un plazo para comunicar que no los acepta. Asimismo, aquellas que impongan al consumidor un representante o apoderado para que lo sustituya en el ejercicio de los derechos.

Sumado a las disposiciones consideradas como abusivas, Echeverry (2011) cita el artículo 133 de la Ley 142 de 1994 de servicios públicos domiciliarios y la Ley 1328 de 2009, el antiguo Estatuto del Consumidor Colombiano, donde se puntualizan las cláusulas abusivas de manera similar y esta última establece su prohibición exponiendo explícitamente:

“Prohibición de utilización de cláusulas abusivas en contratos. Se prohíbe las cláusulas o estipulaciones contractuales que se incorporen en los contratos de adhesión que:

a) Prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros.

b) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero.

c) Incluyan espacios en blanco, siempre que su diligenciamiento no esté autorizado detalladamente en una carta de instrucciones.

d) Cualquiera otra que limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero” (Art 11)

## **Capítulo II. la protección del consumidor en el contexto colombiano**

De la cruz (2011) ha considerado que el ordenamiento jurídico colombiano se ha visto en la necesidad de introducir normas novedosas para la protección al consumidor, con el fin de equilibrar las cargas que se dan dentro de las relaciones contractuales entre las partes, que es lo que hoy denominamos como un mecanismo de protección, fue entonces necesario adaptarse a “reglas que se apartaban de las concepciones tradicionales de protección entre contratantes, establecidas en el Código Civil y el Código de Comercio” (De la cruz, 2011.36).

De acuerdo a lo que nos manifiesta De la cruz, partimos del punto de que con la creación de estas protecciones especiales que hoy denominamos como mecanismos de protección al consumidor, se le brindo la facultad de que pudiera medir la calidad y satisfacción de los bienes y servicios que adquiere dentro del mercado y constituyendo así unas garantías mínimas obligatorias que amparen al consumidor.

La Constitución Política de Colombia de 1991, también vio la necesidad de reforzar los mecanismos de protección al consumidor y estableció esta norma como un derecho constitucional, norma que se ve reflejada en el artículo 78, inciso primero de la Constitución Política la cual determina 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”,

Fue de esta manera como nuestra Constitución política quiso asegurarse de que las relaciones de consumo contaran con unos parámetros mínimos que se deben de

seguir para no incurrir en alteraciones a los derechos y protecciones que amparan al consumidor en el ejercicio de las relaciones contractuales dentro del mercado.

Jassir Álvarez, asumió que debido a los avances sociales que se vinieron dando a través de los años, se creó un escenario donde el decreto 3466 de 1982 era la principal norma consagrada para protección de los consumidores, pero este decreto se quedó corto ya que no podía responder con los nuevos desafíos de la sociedad. (Álvarez, 2009.).

Como lo mencionaba Álvarez el decreto 3466 no pudo adaptarse a los cambios sociales, fue entonces en este punto donde los legisladores se dieron a la tarea de modificar este decreto y dar paso al nuevo Estatuto de protección al consumidor donde se diseñarían mecanismos nuevos de protección que fueran mucho más novedosos y se adaptaran de manera más idónea a la sociedad actual, es con este fin que se crea la ley 1480 de 2011, cuyo objetivo principal es representar una garantía, mecanismos de protección y restablecer el equilibrio de las relaciones que se dan entre consumidor y proveedor, además también se encarga de regular las situaciones que surjan dentro de las relaciones contractuales entre las partes.

En la mayoría de los casos cuando se dan relaciones contractuales que incumplen con todas o algunas de las garantías mínimas consagradas en las normas anteriores, los consumidores nos vemos en la difícil situación de no saber cómo actuar frente a estos desequilibrios y es que “los consumidores desconocen las vías de defensa y protección que han sido creadas por la ley para salvaguardar sus intereses, lo que suele ir en menoscabo de los mismos” (Herrera, 2010. 64).

De acuerdo con la apreciación de Herrera, los mecanismos a los cuales se refiere son herramienta que como se mencionaban anteriormente tratan de romper los desequilibrios contractuales, para que de esta forma las cargas no se generen de un solo lado, y traigan consigo desigualdades que en la mayoría de los casos afectan al contratante más débil, en este caso el consumidor, es en este punto donde se hace fundamental que los consumidores tengan más conciencia y le den mayor relevancia a los mecanismo de protección que brinda el ordenamiento jurídico para salvaguardar sus derechos y tener así el pleno conocimiento de cuáles son las acciones judiciales que se deben de seguir para restablecerlos cuando estos se vean afectados, es por esto la importancia de hacer buen uso y tener conocimiento del Estatuto del Consumidor “impone a las autoridades, entre otras obligaciones, promover en la población colombiana el conocimiento de los derechos y deberes que le asisten como usuarios y consumidores, así como de las autoridades competentes los mecanismos administrativos y judiciales de protección” (De La Espriella, Jaime & Narváez, 2017. 104).

De acuerdo a lo anterior se evidencia la importancia de educar a los consumidores y a su vez dar a conocer las herramientas que nos proporciona el Estado frente a prácticas desleales por parte de productores o proveedores que violan los derechos que tenemos como consumidores, y de esta manera demostrar que es un tema que nos incumbe a todos, dado a que debemos proteger la calidad e idoneidad de los bienes y servicios que adquirimos en el mercado.

**Utilidad.**

El ordenamiento ha permitido a los grandes proveedores de bienes y servicios, incluir dentro de sus contratos cláusulas uniformes que permiten a estos ostentar la calidad de la parte fuerte dentro de la contratación, es debido a esto y como lo expresábamos y evidenciábamos en el anterior capítulo, en muchas ocasiones los predisponentes sacan ventaja de esta facultad otorgada por la ley para incrementar su posición, de esta forma generando situaciones gravosas al consumidor.

Cuando hablamos de cláusulas uniformes no necesariamente estamos frente a cláusulas abusivas pues en ellas deberá existir un desequilibrio o un abuso del derecho no son lo mismo que cláusulas abusivas, la francesa Hélène las define como: “toda cláusula que entrañe en ventaja exclusiva del empresario un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes siempre que lo sea en contrato de consumo concluido entre proveedores y un consumidor, unilateralmente redactado por el primero” (Bricks, 1983.9).

De acuerdo con la posición que plantea Bricks la cual es muy acertada, podemos observar como las cláusulas abusivas rompen todas las libertades contractuales, afectando a la parte más débil de la contratación en este caso al consumidor, introduciendo limitaciones que vulneran los derechos de la parte adherente dentro de la relación de consumo, también de esta manera se ve afectado el equilibrio económico entre derechos y obligaciones de las partes.

Por su parte Soto, concluye que:

En la contratación masiva serán abusivas las cláusulas que atendiendo el principio de la buena fe como fuente de integración del contrato,

atribuyan al predisponente derechos y facultades exorbitantes o introduzcan limitaciones o restricciones en los derechos y facultades del adherente; igualmente, serán abusivas las cláusulas que supriman o reduzcan las obligaciones y responsabilidades del predisponente o cuando aumenten las obligaciones y cargas del adherente, o cuando en términos generales desnaturalicen la relación creada por el contrato (Soto, 2005, 62).

Es en estos casos donde los proveedores debido a las facultades que se les otorgan aprovechan para exonerarse frente a cualquier tipo de responsabilidad que surja dentro del ejercicio de la contratación, limitando sus obligaciones y generando lo contrario para el consumidor , afectando de esta manera la reciprocidad que debe existir en las estipulaciones pactadas frente a esta situación y como lo mencionábamos anteriormente es que se ve la necesidad de que se utilicen los mecanismos de control frente a estas cláusulas que menoscaban los derechos del consumidor o adherente.

### **Regulación de las cláusulas abusivas en Colombia.**

Desafortunadamente, en Colombia existen temas de gran importancia que no se han tocado con respecto a la protección de los consumidores. Suárez (2017), afirma que “no se ha descrito legalmente el abuso del derecho, ni mucho menos se ha tipificado cláusula abusiva alguna de manera general”, salvo algunas situaciones especiales que se mencionaran más adelante. Dicho lo anterior, cabe preguntarse si existen causas legales que permitan invalidar una cláusula abusiva en nuestro país.

En relación a los contratos de adhesión y al contenido predispuesto, el derecho colombiano se ha manifestado aceptando su validez y naturaleza atendiendo a las modalidades del mercado moderno. No obstante, no existe un sistema general que regule la contratación masiva, solo se encuentran disposiciones aisladas que suponen un entorno de contratos en masa. En su lugar, se identifican algunos regímenes especiales que si se han pronunciado al respecto.

Por ejemplo, el contrato de servicios públicos definido legalmente en la Ley 142 de 1994, que se trata de un contrato de adhesión, de naturaleza consensual y que no causa perjuicios. Sin embargo, de acuerdo con el derecho comparado esta Ley puede dar lugar al abuso de la posición dominante y puede presentar cláusulas abusivas. La misma Ley 142 de 1994 se encarga de señalar que la empresa prestadora de servicio debe encargarse de desvirtuar el abuso de posición dominante, pues en caso contrario, un juez puede anular la cláusula (Suarez, 2017).

Ahora, en el caso particular de los sistemas financieros, a estos se les impone el deber legal de actuar en función del principio de buena fe y a favor de los intereses sociales. Las entidades financieras deben suministrar a los usuarios toda la información que sea necesaria para dar conocimiento pleno de los derechos y las obligaciones que se adquieren con los contratos (Ley 795, 2003). Asimismo, la Ley 1328 de 2009 en sus disposiciones busca “establecer los principios y reglas que rijan la protección de los consumidores financieros en las relaciones entre estos y las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia”, prohíbe el uso de cláusulas exorbitantes y concluye con el siguiente párrafo con el cual se busca proteger al usuario del abuso en las disposiciones, expresa:

“PARÁGRAFO. Cualquier estipulación o utilización de cláusulas abusivas en un contrato se entenderá por no escrita o sin efectos para el consumidor financiero”

Por su parte, el nuevo Estatuto de Protección al Consumidor incluye dentro de sus disposiciones una regulación sobre las condiciones generales de negociación y los contratos de adhesión. El ámbito de aplicación de la Ley 1480 circunscribe las relaciones contractuales entre los proveedor/productores y consumidores.

### **Ley 1480 de 2011.**

La legislación colombiana expedida antes de la Ley 1328 de 2009, en ningún caso se contempló normas relativas a la protección de los consumidores aun cuando se encuentran algunos acercamientos. Tampoco se dictaron disposiciones legales para la interpretación de contratos y en general, sobre las garantías para los consumidores. Al respecto, Herrera y Álvarez (2016) comentan que “la Ley 1480 de 2011 revela que el legislador reglamentó un marco para las relaciones de consumo en Colombia”.

### **Aspectos generales, utilidad y aplicabilidad.**

La ley 1480 de 2011 con sus normas y disposiciones busca regular los derechos y las obligaciones que surgen a partir de las relaciones contractuales entre proveedor/productor y consumidores, así como lo relativo a las responsabilidades de los proveedores/productores razón por la cual su aplicabilidad es direccionada a las relaciones de consumo siempre que no exista una legislación especial que la sustituya.

De este modo, es la primera vez que la legislación colombiana se refiere a una relación de consumo.

De acuerdo con Herrera y Álvarez (2017):

En el apartado de los llamados principios generales, la Ley 1480 resume en buena medida parte de las Directrices de la Organización de las Naciones Unidas sobre Protección al Consumidor, consagradas en la Resolución de la Asamblea General de la ONU No. 39/248 del 16 de abril de 1985 y modificadas en marzo 22 de 1999 (p 173)

Las claridades que se disponen en la Ley 1480 permiten conocer la prelación y la importancia que esta tiene en cuanto a aplicabilidad, pues básicamente todos los negocios celebrados por los sujetos proveedor/productor y el consumidor se enmarcan en los contratos de consumo o las relaciones de consumo. Consecuentemente, todos los contratos, sean por adhesión o no, que se incluyen en las relaciones jurídicas de consumo deben ser sometidas a la Ley 1480 de 2011. Se resalta que este Estatuto del Consumidor no menciona los “contratos de consumo”, lo que conlleva a que cualquier relación entre los sujetos mencionados puede regirse bajo estas disposiciones (Herrera y Álvarez, 2017). Adicionalmente, se reconoce que dada su aplicabilidad estas normas son extensivas a cualquier sector, atribuyéndole prelación antes las regulaciones de Código de Comercio y/o las leyes civiles (Herrera y Álvarez, 2017).

En seguida, el artículo 3 se genera una lista explícita sobre los derechos y los deberes de los consumidores, lo que hace que esta ley se constituya como una norma de suma importancia en lo que se refiere a la contratación en la legislación nacional.

Luego en el artículo 4 se dicta que las disposiciones de esta ley sean de carácter público y especifica que “Las normas de esta ley deberán interpretarse en la forma más favorable al consumidor” . Se dicta que lo que no es regulado por esta ley deberán ser aplicadas las disposiciones del Código de Comercio y el Código Civil, o en el caso de materia procesal, debe aplicarse lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo y en el Código General del Proceso, según aplique. Se debe agregar que en artículo 5, se exponen algunos conceptos significativos para los efectos de la ley y en el párrafo se comenta que “El Gobierno reglamentará la materia”.

De manera expresa, se puede afirmar que la Ley 1480 en el marco del derecho colombiano constituye un marco legal para las relaciones de consumo y aunque no contempla la figura de contrato de consumo, su contenido brinda todos los elementos necesarios para darle aplicabilidad en la categoría contractual. Además, esta norma otorga dualidad al consumidor, entendiendo a una persona jurídica como uno, situación que no sucede en la legislación europea por nombrar algún ejemplo (Herrera y Álvarez, 2017).

Las tendencias de la Ley 1480 están direccionadas a la relación del consumo, a la protección del consumidor y a la protección del consumidor en la etapa final del sistema de producción.

### **Regulación de la calidad, idoneidad y seguridad.**

El primer capítulo del nuevo Estatuto de Protección al Consumidor, Ley 1480 de 2011, tiene como objeto todo lo relativo a la calidad, idoneidad y seguridad de los consumidores, cuando estos adquieren algún bien o servicio a través de una relación

de consumo. Para comprender dichas disposiciones, se citan las definiciones de calidad, idoneidad y seguridad expresas en la misma ley.

La calidad, se asume como “Condición en que un producto cumple con las características inherentes y las atribuidas por la información que se suministre sobre él” (art 5). La idoneidad o eficiencia se refiere a “Aptitud del producto para satisfacer la necesidad o necesidades para las cuales ha sido producido o comercializado” y por su parte, la seguridad es definida como:

“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. En caso de que el producto no cumpla con requisitos de seguridad establecidos en reglamentos técnicos o medidas sanitarias, se presumirá inseguro” (art 5).

De esta manera, se establece que todo proveedor/productor debe asegurar a los consumidores las condiciones de calidad, idoneidad y seguridad de los bienes y servicios y que en ningún caso, estas deberían ser “inferiores o contravenir lo previsto en reglamentos técnicos y medidas sanitarias o fitosanitarias” (art 5). Dadas las directrices internacionales como la de la resolución 39/248 de la Organización de las Naciones Unidas, los gobiernos deben formular y promover estándares de calidad y seguridad de los bienes y servicios que deben ser revisados con una periodicidad determinada, razón que

explica porque en el párrafo del artículo No 6 las gestiones de control y vigilancia de calidad y seguridad de los bienes y servicios comercializados son atribuidos al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, Invima (Ley 1480, 2011; López y Martelo, 2012).

El incumplimiento de la obligación imputada a los proveedores/productores dará lugar a lo siguiente, de acuerdo con lo emitido en la Ley 1480 de 2011 en el artículo 6:

- Responsabilidad solidaria del productor y proveedor por garantía ante los consumidores.
- Responsabilidad administrativa individual ante las autoridades de supervisión y control en los términos de esta ley.
- Responsabilidad por daños por producto defectuoso, en los términos de esta ley.

### **Regulación de las garantías.**

La Ley 1480 de 2011, en su capítulo primero, desarrolla las normativas para regir todo lo referente a la garantía legal, las garantías suplementarias y las obligaciones especiales de los proveedores/productores en esta materia. Para ello, es debido citar la definición que se realiza de garantía para efectos de esta ley, la cual establece que una garantía es:

“Obligación temporal, solidaria a cargo del productor y el proveedor, de responder por el buen estado del producto y la conformidad del mismo con las condiciones de idoneidad, calidad y seguridad legalmente

exigibles o las ofrecidas. La garantía legal no tendrá contraprestación adicional al precio del producto” (art 5).

Asimismo, establece que una garantía legal es aquella obligación del proveedor/productor de responder por las condiciones de calidad, idoneidad, seguridad y buen estado de los bienes, o en su defecto, por las condiciones de calidad bajo las cuales se presta un servicio, atendiendo a la normatividad vigente y obligatoria que rigen el mercado, En suma, a lo anterior, el término de garantía será en primera instancia determinado por las autoridades a quienes compete o a los proveedores si no está definido, además, se especifica que el término de garantía empieza a correr desde la entrega del producto al consumidor y que, su extensión dependerá del tipo de producto o servicio prestado, así como de la información que se brinde al consumidor sobre lo mismo.

El nuevo Estatuto, se refiere a la suspensión y ampliación de los plazos de la garantía y a la responsabilidad que recae sobre los proveedores, quienes deben responsabilizarse por el incumplimiento de las condiciones de calidad e idoneidad. Se describen las particularidades de la garantía legal entorno a las formas generales de reparar a los consumidores y se obliga al proveedor a entregar una constancia de reparación indicando la situación con el bien o las condiciones del servicio prestado.

El artículo 13 establece que “Los productores y proveedores podrán otorgar garantías suplementarias a la legal, cuando amplíen o mejoren la

cobertura de esta, de forma gratuita u onerosa” . Se requiere que sean soportadas por escrito y con contenidos sencillos y comprensibles. También se expone que, de acuerdo con lo dispuesto por la Superintendencia de Industria y Comercio, los bienes imperfectos, reparados o con alguna circunstancia especial deben ser ofrecidos en conjunto con la información derivada de ello. La Ley 1480, exonera de la responsabilidad al proveedor en los siguientes casos:

- Fuerza mayor o caso fortuito
- El hecho de un tercero
- El uso indebido del bien por parte del consumidor
- Que el consumidor no atendió las instrucciones de instalación, uso o mantenimiento indicadas en el manual del producto y en la garantía.

Dentro de las obligaciones especiales, se advierte que:

[... previamente a la puesta en circulación o a la importación de los productos sujetos a reglamento técnico, informar ante la autoridad de control: el nombre del productor o importador y el de su representante legal o agente residenciado en el país y la dirección para efecto de notificaciones, así como la información adicional que determinen los reguladores de producto” (art 17).

### **Regulación y disposiciones para la protección contractual**

En las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, se reconoce el hecho de que los consumidores afronten una situación de desequilibrio en

cuanto a capacidad económica, nivel de educación y poder de negociación frente a los proveedores. En este sentido, internacionalmente se reconoce “que los consumidores deben tener el derecho de acceso a productos que no sean peligrosos, así como la importancia de promover un desarrollo económico y social justo, equitativo y sostenible y la protección del medio ambiente” (Naciones Unidas, 2016). Sin duda, estas directrices alientan a los estados a ocuparse activamente de la protección de los consumidores en cuestión de salud, seguridad, acceso e intereses económicos.

La información y el acceso a ella, es una de las herramientas principales para introducir en el sistema una tendencia hacia la protección del consumidor. Sin embargo, no basta con que la información esté al alcance de los consumidores, sino que se deben direccionar todos los esfuerzos en promover un suministro de información que sea “clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos que ofrezcan” los proveedores de acuerdo con el artículo No 23 del Nuevo Estatuto del Consumidor. De igual modo, en el artículo No 24 se puntualiza en el contenido que proporcionar el proveedor/ productor indicando los aspectos generales, las instrucciones para el uso, el consumo, la conservación y/o la instalación del producto, así como las mediciones o calibraciones del mismo y otra información que sea pertinente. La información constituye un elemento primordial para asegurar la libertad del consumidor de elegir, para salvaguardar su salud y su seguridad, y para garantizar la mayoría de los derechos que se le atribuyen en virtud de su posición.

Aunque la legislación colombiana anterior al Estatuto del Consumidor ya ha desarrollado diferentes normas con respecto a la publicidad de bienes y servicios, este

ha incorporado un espacio exclusivo para el tema. Por medio de este Estatuto, se establece una fuerza vinculante que genera obligaciones en el proveedor con relación a las condiciones en las que debería anunciarse la publicidad. Al respecto, se menciona específicamente que “Está prohibida la publicidad engañosa” (art 30) y se responsabiliza al anunciante en caso de comprobarse, por daños y perjuicios. Se busca que la publicidad sea objetiva, y que advierta al público sobre su carácter nocivo, si así lo fuere, para que el público sea inducido a “la necesidad de consultar las condiciones o indicaciones para su uso correcto, así como las contraindicaciones del caso” (art 31). En estas instancias, también se establecen disposiciones sobre los términos de las ofertas y promociones, y el modo de anunciarlas.

El Estatuto del Consumidor en calidad de la protección contractual, instaura que “las condiciones generales de los contratos serán interpretadas de la manera más favorable al consumidor”, agregando que “en caso de duda, prevalecerán las cláusulas más favorables al consumidor sobre aquellas que no lo sean” (art 34). Este, además de actualizar lo dispuesto en el Decreto 3466 de 1982 y la Ley 1328 de 2009, comprende la regulación de situaciones cotidianas en las relaciones de consumo para las cuales no existía ningún tipo de normas específicas.

### **Sobre las cláusulas abusivas en la Ley 1480 de 2011.**

La prohibición explícita de las cláusulas abusivas es un elemento primordial para el derecho del consumidor que se encuentra ligada con el mecanismo de protección de los derechos de los consumidores, considerando “ineficaces todas aquellas cláusulas que contravengan las normas legales” (Díaz –Granados, 2012). A pesar de ello, es posible que una cláusula cumpla con la virtud de legalidad pero

represente abusividad dentro de la relación contractual, razón por la cual debe ser sustraída.

El artículo 42 dispone que “son cláusulas abusivas 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”.

Esta definición gira entorno a la condición de desequilibrio jurídico en la relación contractual que hemos discutido con anterioridad y sugiere establece que “Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza” (art 42).

Asimismo, se puntualiza que si los proveedores o los productores incluyen cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, estos serán ineficaces de pleno derecho, es decir, se tendrán por no escritas. El artículo No 44 expone que la nulidad o ineficacia de una cláusula no afectará el resto del contrato si esta es prescindible dentro de este.

La ley que antecede la Ley 1480, la Ley 1328, no contempla la definición de cláusulas abusivas, la doctrina y demás jurisprudencia desarrollada en el Nuevo Estatuto del Consumidor que si ha llenado el vacío existente en materia del derecho del consumidor permitiendo un avance significativo en el derecho colombiano.

### **Control para las cláusulas abusivas en Colombia.**

El control de las cláusulas abusivas dentro de los contratos de consumo puede ser gestionado por en principio por el Estado, quien está en la obligación expresa de

proteger los derechos de los consumidores y que puede acceder a diferentes mecanismo administrativos, legislativos o judiciales. También, puede ser una acción realizada directamente por los mismos consumidores defendiéndose a través de sus propios derechos y libertad en términos de contratación, usando el recurso de autonomía o agrupándose en asociaciones u organizaciones de consumidores para tal fin. Echeverry (2011) sugiere que el primer control debería ser el realizado por el consumidor a voluntad en caso de que no acepte una o varias cláusulas dentro del contrato de consumo, pero dado el caso de que existen por ejemplo, contratos de adhesión, donde el consumidor debe aceptar la totalidad de las cláusulas predispuestas, se requiere la intervención estatal de manera indispensable para controlar, regular y garantizar los derechos de los consumidores, sin excepción.

La protección autónoma puede constituirse como uno de los remedios para enfrentar las cláusulas abusivas de los propios consumidores, pues formalmente nadie está obligado a contratar y están en la libertad de tomar dicha decisión. Pese a ello, son muchas las circunstancias en la cotidianidad de los consumidores en la que se ven obligados a adquirir un bien o contratar un servicio por necesidad o urgencia, como los servicios públicos, los servicios de transporte o el uso de parqueaderos. Estas circunstancias pueden ser predisponentes para que se generen cláusulas abusivas en los contratos de consumo.

Ahora, la conformación de asociaciones u organizaciones de consumidores es otra de las soluciones para ejercer control y contrarrestar las cláusulas abusivas, constituyen personas jurídicas que tienen como fin la protección de los consumidores y se encargan de informarse y proveer de dicha información a sus asociados y demás

consumidores. Se busca brindar información de calidad para que el consumidor elija la mejor opción con respecto a la negociación de bienes y servicios antes de someterse a cláusulas abusivas que causen perjuicios o vulneren sus derechos.

El Estado, como se mencionó anteriormente, tiene la obligación según disposiciones internacionales de proteger a los consumidores y velar por sus derechos, y a nivel nacional cuentan con lo dispuesto por la Ley 1480 de 2011, entre otros recursos para ejercer control sobre los contratos de consumo y las mismas relaciones de consumo. En el área administrativa, se aplica un control *ex ante*, o antes de la celebración del contrato, donde se faculta a la administración pública para establecer cláusulas generales o normas particulares para la celebración de contratos. Es común, que se le confiera a las entidades gubernamentales de los países, la vigilancia de actividades de interés nacional como “las actividades bursátil, aseguradora, financiera o la de servicios públicos domiciliarios”, las cuales de acuerdo con Echeverry (2011), debido a su trascendencia los contratos deben ser revisados y aprobados con antelación por las mismas. Se sugiere que puede realizarse un control posterior a la celebración de contratos, sin embargo, esto se encuentra relacionado es con las facultades de establecer sanciones conferidas a la administración pública.

El control legislativo también se caracteriza por ser de naturaleza *ex ante*, o antes de la celebración del contrato. Por una parte, puede usarse una regla general, o en otras palabras, una norma de alcance general, que comprenda de manera abstracta todas las cláusulas que puedan desnaturalizar el contrato de consumo o generar rupturas en la relación de consumo por efecto de la abusividad. También puede ser

entendida como una regla amplia que abarque el conjunto de condiciones que afecten el equilibrio normal contractual por disposiciones abusivas o vejatorias (Soto, 2003).

Desde el derecho comparado, se realiza el control legislativo estableciendo una lista de cláusulas consideradas abusivas o denominada “lista negra” y en caso de presentarse alguna de ellas, “el juez deberá declararla nula, inexistente, ineficaz o tenida por no escrita” (Echeverry. 2011, 138). Los supuestos considerados en la lista negra pueden ser abiertos, cuando se admiten supuestos no contemplados explícitamente (*numerus apertus*), o cerrados, cuando los supuestos enunciados son los únicos considerados (*numerus clausus*) (Soto, 20003).

Seguidamente, puede disponerse de una “lista gris”, la cual se fundamenta en la enunciación de supuestos que presuntamente pueden ser abusivos o causan algún tipo de sospecha dentro del contexto legislativo. Con respecto a estas, cabe la posibilidad de que en caso de que sea justificada su inclusión, se califique como no abusiva. Dependen del contexto contractual y de las consideraciones valorativas del juez (Echeverry, 2011).

Finalmente, el control judicial es de naturaleza *ex post*, o posterior a la celebración del contrato, lo que permite que no haya exclusión con los demás sistemas de control a las cláusulas abusivas. Independientemente del proceso o el sistema usado, después de declarar el carácter abusivo o no de una cláusula, se requiere establecer la consecuencia jurídica que será aplicada (Soto, 2003; Echeverry, 2011). Con frecuencia, el efecto jurídico se basa en la declaración de nulidad o ineficacia de

la cláusula considerada abusiva que entra en conflicto sin afectar el resto de la negociación, en cuanto esto sea posible.

### **La eficiencia en el control de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo.**

El control administrativo guarda sus bases en la disposición internacional en la que el Estado debe velar por los derechos de los consumidores y debe protegerlos. Debido a su condición de ejercer un control en el contenido contractual antes de celebrarse, se esperaría que existiera una certeza significativa para los consumidores cuando se adhieren al contrato (Herrera y Álvarez, 2017). En esta medida, como ventajas se identifica que posee cierta eficiencia puesto que restringe la inclusión de términos contractuales a los proveedores o productores, genera un mayor impacto en cuanto al número de consumidores beneficiados por las acciones y no implica costos adicionales a estos mismos. Sin embargo, este tipo de control requiere que los consumidores tengan suficiente información y educación para tomar decisiones pertinentes. En suma, se posibilita la intervención de comisiones regulatorias, el defensor del consumidor y las superintendencias (Herrera y Álvarez, 2017).

Uno de los sistemas de control con más deficiencias y críticas para el control de cláusulas abusivas, es el control judicial. En términos económicos, el acceso a la justicia es costoso para los consumidores, llegando incluso a costarles más que el hecho de someterse a la misma cláusula en conflicto. Además, la parte débil se expone a un sistema judicial precario, donde existe un tiempo de mora considerable para el fallo y que goza de excesiva congestión (Herrera y Álvarez, 2017). En contraste, Herrera y Álvarez (2017) encuentran que el proveedor o productor no

experimenta mayores dificultades durante el proceso, posee recursos suficientes y esto, no les impide seguir incluyendo este tipo de cláusulas en los contratos (p 91).

Llegados a este punto, el control legislativo es de los más usados en el contexto legislativo colombiano y es complementario al control judicial para una ejecución eficiente y asertiva. Por medio de este, se logra disminuir el estímulo de incluir cláusulas abusivas en los contratos de consumo por parte de los proveedores o productores y su eficiencia mejora con la robustez de las normativas usadas, pues no deja a la subjetividad del juez la valoración de la situación y la calificación de la cláusula en conflicto (Herrera y Álvarez, 2017, 92). En Colombia, este control está respaldado por la Ley 1480 de la que hemos venido hablando que abre espacio para el tratamiento de las cláusulas abusivas y la intervención de entidades administrativas como la Superintendencia de Industria y Comercio y algunas comisiones reguladores, según aplique.

A pesar de los controles que se pueden usar en pro de la protección del consumidor, así como de sus derechos, se requiere que se construya una cultura de consumo más sólida cuyas directrices sean: la educación de los consumidores para fortalecer la toma de decisiones de manera razonable y la maximización de los alcances de las políticas públicas para consagrar la protección del consumidor para impactar la economía nacional positivamente.

## **Acciones judiciales y administrativas para la reclamación de los derechos del consumidor.**

Una vez discutidas las leyes que promueven la protección del consumidor y el control que se puede realizar sobre las cláusulas abusivas en Colombia, es conveniente conocer y analizar las diferentes acciones tanto jurídicas como administrativas a las que un consumidor puede acudir para hacer respetar sus derechos, reconociendo la eficacia de las mismas.

En primera medida atendiendo a lo que afirma Aguirre (2015), la mejor acción para la protección de los derechos del consumidor es la prevención, pues es necesario que antes de adquirir un bien o contratar un servicio conozcamos como consumidores todas las características, indicaciones y condiciones bajo las cuales se celebran los contratos de consumo. El deber de auto-informarse y de constatar que el producto o el servicio cumplirán con nuestras expectativas hace parte fundamental del camino emprendido hacia la protección de los derechos del consumidor en Colombia. Aunque su apreciación es completamente válida y pertinente, se reconoce que aun cuando se realice el ejercicio son múltiples las circunstancias bajo las cuales los consumidores se encuentran inmersos en situaciones que implican cláusulas abusivas y directa vulneración de sus derechos, lo que conlleva a requerir de acciones con mayor contundencia.

En primer lugar, dado que los derechos del consumidor son considerados derechos colectivos por la Constitución Política de 1991, es de nuestro interés tener conocimiento sobre el artículo 88 que dispone las acciones aplicables para su protección, al respecto este artículo establece que:

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

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

De acuerdo a lo expresado por la Corte Constitucional en relación con el artículo 88 de la Constitución Política en la Sentencia T- 254 de 1993 consagra dos tipos de acciones populares: una acción popular con fines concretos y una acción popular de grupo o de clase, por medio de las cuales se legitima a una o varias personas para defender los derechos o intereses de la comunidad y se legitima a cualquier miembro de un grupo para exigir reparación económica por perjuicios al grupo, esto respectivamente. De lo anterior, se puede entender que no se puede pedir por ejemplo, una reparación por la violación de derechos individuales (Ossa, 2010, 227).

Asimismo, la Ley 472 de 1998 indica las acciones populares concretas que pueden tener lugar y que “proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e

intereses colectivos” (Ossa, 2010, 227). Estas pueden proponerse en cualquier momento, por cualquier persona sea natural o jurídica, y por cualquier organización, entidad pública, por cualquier órgano del ministerio público, por un alcalde u otro servidor público. Igualmente, puede proceder contra cualquier persona de cualquier naturaleza e incluso, contra una persona indeterminada que amenaza, viola o en algún momento bajo alguna circunstancia ha violado un derecho colectivo.

Ossa (2010) menciona que el trámite a realizar para interponer una acción popular es sencillo, el cual se realiza “ante la jurisdicción contenciosa si es contra persona de derecho público, y ante la jurisdicción civil, si es contra persona de derecho privado” (p 228). Además, el demandante cuenta con la posibilidad de recibir asesoría por la Defensoría del Pueblo o la Personería Municipal para instaurar la solicitud o demanda, y todos los gastos en que se incurren pasan a ser contraídos por del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, los costos se reembolsan cuando el demandante reciba la satisfacción de su pretensión.

La Ley 472 de 1998 expone en su artículo 46 un único tipo de acciones grupales, siendo estas definidas como:

aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas, ejercida exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de perjuicios; e imponiéndose la limitante para demandar

que el grupo demandante debe ser de al menos de veinte personas (Ossa, 2010, 229).

El autor explica que estas acciones deben interponerse en un plazo de dos años seguido al suceso y que puede ser realizada por cualquier persona que sufriera perjuicios individuales siempre que se presente en grupo de al menos 20 personas. En general, se requiere de un solo demandante que represente al grupo y los trámites pueden ser extensos y complicados debido a que se generan más exigencias y formalismos para cumplir las reglas del Código de Procedimiento Civil o del Código Contencioso Administrativo.

En suma, debe usarse una diligencia de conciliación, que requiere el levantamiento de un acta y un periodo probatoria que puede ser extenso y/o complejo para que todos los individuos del grupo puedan hacerse acreedores de la indemnización. Finalmente, el juez debe dictar sentencia, ajustar las disposiciones generales del Código de Procedimiento Civil y demás información pertinente, como la suma a pagar por indemnización y los requisitos para acceder a ella.

En Colombia, los consumidores también pueden intentar interponer una acción personal de indemnización por perjuicios, que de acuerdo con Ossa (2010), “se tramita por un proceso de conocimiento, que puede ser ordinario, abreviado o verbal sumario, según su cuantía; pero que no le ofrece protecciones adicionales por el hecho de ser consumidor” (p 230).

Por su parte, el Decreto 3466 de 1982 establece algunas sanciones administrativas para el proveedor o productor que incumpliera las estipulaciones y derechos concedidos a favor de los consumidores, desencadenando multas y prohibiciones de producir, distribuir u ofrecer al público el bien o servicio de que se trate, aunque disponía de recursos para la exoneración de sanciones. La Ley 446 de 1998, otorga funciones jurisdiccionales a la Superintendencia de Industria y Comercio para atribuirles la defensa y la protección de los consumidores colombianos, razón por la cual los procedimientos relacionados pueden adelantarse en principio, con esta entidad.

El Estatuto del Consumidor se refiere a una serie de acciones jurídicas de protección al consumidor que involucran expresamente a aquellas acciones populares y de grupo que se trataron anteriormente reguladas por la Ley 472 de 1998, las acciones que pueden ser impuestas ante la responsabilidad de por daños y productos defectuosos que se tratan en este Estatuto y que se atribuyen a la jurisdicción ordinaria, la acción de protección al consumidor por la vulneración de derechos, perjuicios por garantías, reparación en la prestación de servicios y publicidad o información engañosa aplicando normas expresas en la Ley 1480 y normas especiales.

En lo relativo a la acción de protección al consumidor, se destacan las facultades atribuidas a la Superintendencia Financiera de Colombia para tratar los asuntos contenciosos, controversias y el cumplimiento de las obligaciones contractuales con ocasión de la actividad financiera, bursátil y aseguradora en los que

se ven inmersos los consumidores financieros. No obstante, se excluyen los asuntos a procesos de carácter administrativo o laboral.

La Ley 1480 en sus disposiciones, señala que los procedimientos sobre violación de los derechos de los consumidores se enmarcan en un conjunto de reglas generales, a excepción de aquellas acciones populares, de grupo o de responsabilidad por productos defectuosos. Estas reglas ponen en consideración que “La Superintendencia de Industria y Comercio o el Juez competente conocerán a prevención” (art 58) aclarando que dicha entidad tiene competencia en todo el territorio nacional, así como también se considera competente “el juez del lugar donde se haya comercializado o adquirido el producto, o realizado la relación de consumo” (art 58). En cuanto a la efectividad de las garantías y las controversias contractuales, la ley en cuestión establece los plazos en los cuales debe presentarse el caso ante las autoridades competentes.

Dentro de las reglas generales para efectos procesales, se indica que el consumidor no requiere de un abogado y que las organizaciones o asociaciones de consumidores pueden representar a la parte débil de la relación contractual. Así, toda demanda interpuesta debe estar acompañada de una reclamación directa al proveedor o productor por parte del consumidor siguiendo los parámetros que dispone la ley y en caso de una respuesta negativa o no es satisfactoria, el consumidor puede dirigirse al juez o a la misma Superintendencia de Industria y Comercio. Las notificaciones y comunicaciones que deban hacer las autoridades competentes pueden ser verbales, escritas o telefónicas al lugar donde se celebró el contrato. Luego de emitir una decisión final, el juez o la Superintendencia resolverá las pretensiones de la manera

más justa según su consideración y establecerá los términos bajos los cuales se deberá cumplir el fallo. Adicionalmente, si la decisión favorece al consumidor, los jueces o la Superintendencia estarán facultados para imponer multas adicionales de hasta 150 salarios mínimos legales a favor de esta última de acuerdo con la gravedad del caso. Cabe aclarar, que atendiendo a las disposiciones de la Ley 1480, “no procederá esta multa si el proceso termina por conciliación, transacción, desistimiento o cuando el demandado se allana a los hechos en la contestación de la demanda” (art 58) y que “la misma multa podrá imponerse al consumidor que actúe en forma temeraria” (art 58).

Consecuentemente, si la orden impartida en la sentencia, conciliación o transacción es incumplida, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá sancionar con multas a favor de la entidad por cada día de retraso en el cumplimiento, u ordenar el cierre temporal del establecimiento, haciendo uso de la fuerza pública si es preciso.

### **Competencias de las autoridades administrativas y judiciales.**

A continuación, conoceremos las entidades a las cuales podemos acudir como consumidores y cómo podemos exigir nuestros derechos.

El Estado colombiano a finales de la década de los 50 registró un incremento en la industria y el comercio generando un cambio en el manejo y las políticas, se expide la ley 155 del 1959 donde se regula el precio de los productos para garantizar los intereses de los consumidores y empresarios, el país fundo el Ministerio Económico en el decreto 2974 de 1968 en sus artículo 25 al 39 dio origen a la Superintendencia de

Industria y Comercio, tenía funciones de control y dirección (Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, s.f)

La Superintendencia para ese tiempo no contaba con el poder jurisdiccional con el que cuenta actualmente además que el Estado colombiano apenas se estaba adentrando al cambio de políticas económicas, y no se contaba con el conocimiento para proteger a los consumidores, pero es importante recatar que, para ese tiempo, ya se tenía la concepción de implementar normas que pusieran límites a estas relaciones contractuales entre consumidores y proveedores.

La pregunta ahora es como adquiere la Superintendencia de Industria y Comercio su poder jurisdiccional, para dar respuesta a ello debemos de mencionar que gracias a la Constitución Política del 1991.

Que reestructuro la concepción estatal del poder público adquiere nuevas dimensiones en razón a que éste es entendido como un poder único y por tanto imposible de dividir, en este sentido la soberanía del mismo recae en el pueblo y por tanto éste es quien delega la distribución del poder público en ramas que cumplen funciones públicas a través de órganos especializados para ello, de esta manera la teoría de la redivisión del poder queda reinterpretada por una concepción funcional del poder y a lo cual no solo se encuentra esto plasmado en las clásicas funciones legislativas, ejecutiva y judicial sino que, para poder llevar a cabo las necesidades del constituyente primario se establecieron en la forma de organización política del Estado Colombiano nuevas funciones,

las cuales son: la fiscalizadora, electoral, de banca central y de seguridad y defensa nacional (Beltrán, 2017, 10).

En otras palabras, la Constitución del 91 en su artículo 116 distribuyó las funciones jurisdiccionales en materias precisas a determinadas autoridades administrativas, con el fin de agilizar y dictar decisiones más especializadas en la materia.

Dentro de aquellas entidades administrativas podemos encontrar las superintendencias según el artículo 82 de la ley 489 de 1998 son entidades con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonial, especializadas en un tema en concreto, tiene como funciones la inspección, control y dirección. (Ibáñez, 2006 como se cita en Beltrán, 2017)

Por tal razón no es de extrañar que la ley le haya otorgado a la Superintendencia de Industria y Comercio funciones jurisdiccionales con el fin de garantizar a los consumidores sus derechos.

Además nuestro Código General del Proceso en su artículo 24 otorgó poderes jurisdiccionales a entidades administrativas como medios alternativos de resolución de conflictos, donde un tercero neutral es facultado para adjudicar un derecho, este no hace parte de la justicia tradicional, pero le permite dictar sentencias con carácter decisivo, con la autoridad propia de los jueces y con las mismas vías procesales con el propósito de que las providencias no sean impugnadas por la jurisdicción administrativa.

El nuevo estatuto dispone que los procesos que versen sobre violación de los derechos de los consumidores establecidos en normas especiales o generales en todos los sectores de la economía se tramitaran por el procedimiento verbal sumario, teniendo en cuenta una serie de normas especiales de procedimiento consagradas en el citado estatuto. Las aludidas normas de procedimiento serán aplicables por parte de las superintendencias o del juez competente (Díaz, 2014, 69).

Como consumidor puede acudir a la Superintendencia de Industria y Comercio, pero debemos tener ciertos requisitos, así como los menciona Díaz en su escrito, esta entidad solo resuelve procesos de única y primera instancia de acuerdo a las normas que regulan el Código General del Proceso. Resolverán las pretensiones de la forma que consideren más justa, con plenas facultades para fallar infra, extra y ultra petita, los procesos de mínima cuantía no requieren de apoderado, no se instauraran por medio de esta entidad los procesos que requieran un trámite especial, es importante que el consumidor conozca qué responsabilidad de garantía recae solidariamente en proveedores y productores, de modo que podrá dirigirse el reclamo de manera indistinta contra cualquiera de ellos. (Díaz, 2014)

Los anteriores requisitos de procedimientos los podemos encontrar en el artículo 58 de la ley 1480 del 2011 en este artículo manifiesta que conoce sobre hechos que trasgredan los derechos del consumidor, exclusión a la responsabilidad por productos defectuosos y acciones de grupo o populares y son transmitidos en procesos verbales sumarios, también estipula que no es necesario la representación de un abogado si estas gestionando un proceso por medio de las ligas o asociaciones de consumidores.

Es muy importante tener presente que si deseamos iniciar un proceso a través de la Superintendencia de Industria y Comercio, cuando presentemos la demanda esta debe ir acompañada con una reclamación que previamente realizó el demandante al proveedor o distribuidor, tal cual lo expresa en numeral 5 del artículo 58 del Estatuto de Consumidor, pero en qué caso cabe este requisito que podría entenderse como un requisito de procedibilidad, para eso este numeral tiene varios ítems donde exponen los hechos que requieren una previa solicitud a quien presta el servicio.

Una vez cumplida todas las formalidades la Superintendencia de Industria y Comercio iniciara con el respectivo trámite verbal sumario de acuerdo a las normas del Código General del Proceso. La ventaja de acudir a la SIC es que la ley establece un plazo mínimo para dictar su fallo a los consumidores de un año, por eso muchos consumidores prefieren iniciar su trámite por esta vía.

La otra entidad encargada de regular los medios de protección al consumidor es la jurisdicción ordinaria facultada por el poder judicial del Estado con fin de regular de manera pacífica los conflictos presentados entre los ciudadanos.

Como lo establece la ley 270 de 1996 la justicia es un valor superior consagrado en la Constitución Política que debe guiar la acción del Estado y está llamada a garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, dentro del marco del Estado Social y Democrático de Derecho, y a lograr la convivencia pacífica entre los colombianos, y que dada la trascendencia de su misión debe generar responsabilidad de quienes están encargados de ejercerla.

El proceso de acción al consumidor se presentará al juez competente de acuerdo a las normas procesales vigentes, la jurisdicción ordinaria conocerá de todas las demás materias en la que no sea competente SIC en el ejercicio de la protección al consumidor.

**Capítulo III análisis de sentencias sobre protección contractual.  
Recolección de datos.**

La protección del consumidor y el tratamiento que los entes competentes le han dado a las cláusulas abusivas en los contratos de consumo resulta de interés para comprender la calidad y la eficiencia de la materia procesal de diversas situaciones que hacen parte de la cotidianidad en nuestro país, además de ofrecer una perspectiva de posibles sanciones que pueden ser impuestas a los proveedores o productores cuando sea probada la inclusión de cláusulas consideradas abusivas y la vulneración de los derechos de los consumidores en general. En relación a esto, en seguida se muestra una serie de sentencias y fallos emitidos por la Superintendencia de Industria y Comercio y por la jurisdicción ordinaria en los últimos tres años dentro del contexto colombiano, los cuales serán analizados más adelante.

**Tabla 1. Procesos de acción de protección al consumidor sometidos a análisis con respecto a cláusulas abusivas en contratos de consumo en Colombia 2016-2018**

<b>Radicado/ Sentencia</b>	<b>Referencia</b>	<b>Descripción</b>	<b>Año</b>
7984/2019	Acción de protección al consumidor	El demandante Omar Alejandro Camelo Ariza interpone una acción judicial de protección al consumidor contra Flexitravel S.A.S. y Latín American Card Services S.A.S..	2019
6172/2019	Acción de protección al consumidor	El demandante Jonathan Germán Morales Cortes interpone una acción judicial de protección al consumidor contra Fonedu- American School Way SAS.	2019

1379/2019	Acción de protección al consumidor	El demandante Eduardo Ramírez Camelo interpone una acción judicial de protección al consumidor contra Dentix Colombia SAS.	2019
4597/2019	Acción de protección al consumidor	El demandante Harold Arcila Montes interpone una acción judicial de protección al consumidor contra BIKERS MALL	2019
3734/2019	Acción de protección al consumidor	El demandante Jonny Padilla Taborda interpone una acción judicial de protección al consumidor contra Novedades On Line SAS.	2019
5236/2019	Acción de protección al consumidor	La señor José Noel Medina Sáenz impone una acción judicial de protección al consumidor contra la Genel Group S.A.S.	2019
4589/2019	Acción de protección al consumidor	El demandante Clara Inés Solís interpone una acción judicial de protección al consumidor contra Asociación De Vivienda Frontera Del Milenio	2019

**Análisis de sentencia y fallos de la Superintendencia de Industria y Comercio y la jurisdicción ordinaria sobre casos de cláusulas abusivas que afectan al consumidor en Colombia.**

Las sentencias enunciadas para su respectivo análisis fueron resueltas por la Superintendencia de Industria y Comercio en uso de las funciones atribuidas por la legislación colombiana. Cada una de ellas, deja en evidencia la facilidad y la susceptibilidad que recae sobre consumidores para verse afectados por una cláusula abusiva en un contrato de consumo. Los casos de estudio presentan la vulneración del derecho de protección contractual y están sustentadas en esencia, por la Ley 1480 de 2011.

## **Sentencia 7984 del 8 de julio de 2019**

### **Resumen de los hechos:**

El señor Omar Alejandro Camelo Ariza presenta ante la Superintendencia de Industria y Comercio una demanda dentro del marco de acción de protección al consumidor dispuesto en la Ley 1480 de 2011 contra Flexitravel S.A.S. y Latin American Card Services S.A.S. El demandante declara que la parte demandada le ofreció un portafolio vacacional vía telefónica por un valor de setecientos treinta y cinco mil quinientos pesos (\$735.500), pagaderos a 36 meses por cuotas, cada una por un valor de \$20.430, este incluía alojamiento en los hoteles Decamerón, en el momento que se realizó el ofrecimiento de dicho portafolio en ningún momento se le informó que para hacer uso del alojamiento era necesario contratar directamente el servicio de alimentación con el hotel Decamerón, es por lo anterior que el demandante solicitó una cotización para saber cuál era el costo de la alimentación, cuando recibió la cotización se evidenció que el costo de la alimentación era de tres millones cuatrocientos un mil pesos, (\$ 3.401.000), algo que es totalmente exagerado. Es por lo anterior que la parte activa solicita que se declare que la información que le fue suministrada fue engañosa y que el demandado proceda al pago de los \$735.500 correspondientes a la devolución del dinero cancelado por el servicio ofrecido.

Primero es importante señalar que estamos frente a un método de financiación y ventas no tradicionales o a distancia, por tratarse de este tipo de operaciones mercantiles donde el consumidor tiene poco contacto con el proveedor, la ley busca un tipo de protección especial donde se busca que pese a la forma de adquirir un bien o un servicio los consumidores cuenten con que este producto o

servicio será de calidad e idoneidad y que se adapte con las características ofrecidas y condiciones pactadas a la hora de la compra, es por esto que todo lo anteriormente mencionado se encuentra consagrado en el artículo 5 numeral 15 y 16, al igual que en los artículos 45, 46, 47 y 48 de la Ley 1480 de 2011.

También se debe aclarar que frente al tema de calidad e idoneidad del servicio adquirido por medios de financiación o métodos no tradicionales deben responder tanto productores como proveedores, pues así lo dispuso la ley 1480 de 2011 en su artículo 1 numeral 6.

### **Normas violadas:**

Podemos evidenciar que existe una clara violación al artículo 46 numeral 4, el artículo 47, 23 y 24 de la Ley 1480 de 2011.

### **¿Por qué se considera cláusula abusiva?**

Considera la SIC frente al artículo 23 y 24 de la Ley 1480 que el comprador tiene el derecho a recibir información oportuna, clara, veraz, transparente, comprensible y precisa, respecto al servicio o productos que se le ofrecen, y consagrando la responsabilidad en cabeza del proveedor, por el incumplimiento de estas obligaciones se ve afectado el criterio del consumidor para contar con los elementos necesarios que le permitan elegir entre la gran variedad de bienes y servicios que tiene el mercado, y de esta manera tomar una decisión razonable que se adapte a sus necesidades.

Se evidencia de esta manera la existencia de una cláusula abusiva, al no permitir que el consumidor tenga el pleno conocimiento del bien o servicio que está

adquiriendo, impidiéndole el goce total del su adquisición, engañando de cierta manera al consumidor con el simple hecho de omitir información relevante que es determinante para el consumidor a la hora de decidir si contrata sus servicios o compra sus productos con otros proveedores que se pueden adaptar de mejor manera a las necesidades que el consumidor requiere es su momento.

Respecto a los artículos 46 numeral 4 y el artículo 47 de la Ley 1480 de 2011, la SIC considera que se encuentra también plenamente evidenciada la falta de información en ventas no tradicionales o a distancia, puesto que en la llamada de ofrecimiento se evidencio que el vendedor solo suministro la información de su identidad y contacto, la forma de pago, entrega, tiempo de entrega, pero no informo lo suficiente, omito informar la existencia de un bono por \$ 100.000 para uso de tiquetes aéreos, cuya duración no era de 3 años sino de 6 meses según una prueba documental allegada, como tampoco se informó previo a la aceptación de la existencia del derecho de retracto, el termino para ejercerlo, condiciones y modalidades para su ejercicio.

Todo lo anterior llevó al despacho a tomar la decisión de que se declararán vulnerados los derechos del consumidor, ante la falta del deber de información al consumidor, y autorizando el reembolso del 100% del dinero que cancelo el consumidor por el portafolio de servicios ofrecidos.

**Sentencia 6172 de mayo 17 de 2019.****Resumen de los hechos:**

El señor Jonathan Germán Morales Cortes, indicó que contrató a la demandada Fonedu- American School Way SAS para la prestación de servicios educativo para el aprendizaje del idioma inglés, respecto del cual pagó la suma de \$3.600.000, Indicó que la pasiva ofreció un nivel académico, certificaciones específicas, profesores nativos en el idioma para las clases B1 y B2 y clases personalizadas por módulos de acuerdo al nivel del estudiante.

Indicó el demandante que los profesores que tuvo no estaban preparados, improvisaban en las clases y no contaban con la certificación válida para dictar las clases, también manifiesta que los niveles estaban mezclados, se mezclaban los estudiantes de nivel A1 y nivel B1, el señor Jonathan frente a las inconformidades presentó reclamación previa en la sede de la empresa el 10 de octubre de 2018, pero no dieron respuesta en el término legal establecido.

Es por esto que el demandado solicitó que se declare la vulneración de sus derechos como consumidor, ya que la parte demandada incurrió en publicidad engañosa, y por esto considera que se le debe devolver el monto que canceló por la adquisición de dicho servicio.

Teniendo en cuenta lo anterior se debe dejar claro que la garantía de calidad e idoneidad de un bien o un servicio también se refiere a la entrega o realización oportuna del servicio para el cual se contrató para que de esta manera se puedan satisfacer las necesidades del consumidor, esto nos indica que la garantía como tal

empieza desde el mismo momento en que se firmó el contrato para adquirir un bien o un servicio, y de esta manera podrá el consumidor obligar al proveedor que cumpla a cabalidad con los estándares de calidad que se prometieron a la hora del ofrecimiento.

Cuando hablamos de operaciones mercantiles pactadas a través de métodos de financiación y ventas de bienes y servicios no tradicionales se exige que el deber de información sea de carácter esencial dado al poco contacto entre consumidor y proveedor, quienes previo al contrato tiene el deber de informar todas las condiciones de la contratación, al igual la información sobre el derecho de retracto y el termino para ejercerlo, claramente se evidencia que estamos frente a los denominados contratos de adhesión los cuales están previstos en los artículos 37, 38, 39, 40 y 42 de la Ley 1480 de 2011, donde se establecen los parámetros de la necesidad que tienen los consumidores de ser informados sobre los términos de la relación contractual.

Es importante aclarar que la garantía no solo aplica a la calidad del objeto o el servicio prestado, sino también al cumplimiento de todas las condiciones pactadas como se mencionaba anteriormente, dentro de los cuales por obvias razones existe la oportunidad de devolver el bien o servicio prestado dado que no cumple las satisfacciones del consumidor.

**Normas violadas:**

Artículo 13, artículo 37, 38, 39, 40, 42 y el artículo 58 numeral 5 literal f de la Ley 1480 de 2011.

### **¿por qué se consideran cláusulas abusivas?**

La SIC para el presente caso consideró que los derechos del consumidor fueron violados por parte del demandado, dado que respecto a los artículos 37, 38, 39, 40, 42 de la Ley 1480 de 2011, se omite información importante al consumidor quitándole de esta manera una de las herramientas claves para el ejercicio contractual, dado a que ni antes ni durante la ejecución del contrato, incluso después de la terminación del contrato de adhesión, fue informado oportunamente.

También el despacho consideró que la sociedad vulneró los derechos del señor Jonathan, dado a que en primer lugar el servicio prestado no logró satisfacer las necesidades por las cuales el demandante adquirió el servicio, esto es el aprendizaje del idioma inglés, dado a que no se cumplió con lo ofrecido desde el inicio, hacemos referencia a los profesores nativos del idioma inglés y clases personalizadas lo cual no fue así.

Indicó el despacho que se debió tener en cuenta que el demandante dio a conocer a la sociedad demandada las inconformidades evidenciadas, solicitud que no fue atendida, toda vez la parte demandada guardó silencio frente a la queja presentada por la parte actora, violando así el artículo 58 numeral 5 literal f de la ley 1480 de 2011.

### **Sentencia 1379 de febrero 8 de 2019.**

#### **Resumen de los hechos:**

El señor Eduardo Ramírez Camelo señaló que el día 2 de agosto de 2017 se acercó a las instalaciones de la parte demandada Dentix Colombia SAS, con el fin de cotizar unos procedimientos dentales, fecha para la cual se le otorgó un documento

denominado “presupuesto 2094” por valor de \$192.804. El señor Eduardo manifestó que la parte demandada no le informó por ningún medio que en caso de ser necesarios otros procedimientos estos serían cobrados.

Indicó que el tratamiento odontológico fue financiado por la entidad bancaria Colpatria e inició en marzo de 2017 expidiéndose la factura de venta BG11-00786. Señaló que el tratamiento finalizó en septiembre de 2017, sin embargo, recibió una llamada de la parte demandada donde le indicaban que debía un saldo, en vista de lo sucedido, remitió una carta el 20 de septiembre de 2018, sin recibir respuesta al respecto. Motivo por el cual, envió un derecho de petición y en cuya contestación le indicaban que debía cancelar los valores de los servicios efectuados so pena de perder la garantía del tratamiento odontológico.

Solicitando así la parte demandante que Dentix Colombia SAS vulnere sus derechos como consumidor y por ende sean eliminados todos los cobros adicionales y sea retirado de la cartera morosa de Dentix Colombia SAS.

**Normas violadas:**

Se consideran violados los artículos 23, 24, de la Ley 1480 de 2011.

**¿Por qué se considera cláusula abusiva?.**

Considera el despacho que el Estatuto de Protección Al Consumidor solo pretende garantizar que los consumidores cuenten con las herramientas suficientes que le permitan elegir libremente sus bienes y servicios dentro del mercado y con estas herramientas elegir los bienes y servicios que pueden satisfacer todas sus necesidades.

Respecto a la publicidad que es circulada por parte del productor o proveedor, por el solo hecho de ser el anunciante, es responsable respecto a las condiciones que trae consigo dicha publicidad, es por lo anterior que queda prohibido cualquier tipo de publicidad engañosa, y de incurrir en ella será el productor o proveedor el responsable de los perjuicios causados.

La SIC manifiesta que al ser los productores y proveedores expertos en el mercado y en el proceso de comercialización y producción, suelen tener mayor información sobre los productos y servicios que venden, mientras que el consumidor a pesar de conocer mejor y saber qué es lo que le interesa, no necesariamente cuenta con toda la información que le permita adoptar la decisión que mas le convenga y se adapte a sus necesidades de manera satisfactoria.

Es por lo anterior que la SIC recomienda evaluar la veracidad de la información brindada que llevo a determinar una compra de algún bien o servicio, pues siempre será de suma importancia proteger los derechos de los consumidores.

Considera el despacho que la información brindada por la parte demandada debe atender a lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 1480 de 2011, ya que la información debe ser clara y precisa, es por todo esto que queda demostrado que no se hizo énfasis por la parte demandada acerca de los procedimientos adicionales al tratamiento odontológico y que estos los debía cubrir la parte demandante.

Concluye el despacho que se vulneraron los derechos anteriormente discutidos y ordenará a la demandada no cobrar suma alguna al señor Eduardo, por los siguientes trabajos: “remoción prótesis fija pieza # 11; núcleo pieza # 11 y el

retratamiento de la pieza # 11 y por los cuales le están cobrando la suma de \$695.000, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 1480 de 2011”.

Y por ende la parte demandada no puede negar la garantía del tratamiento odontológico y debe realizar los respectivos controles para no incumplir con los reglamentado en la ley 1480 de 2011.

### **Sentencia 4597 del 09 de abril del 2019.**

#### **Resumen de los hechos:**

El señor Harold Arcila Montes presenta ante la Superintendencia de Industria y Comercio una demanda dentro del marco de acción de protección al consumidor dispuesto en la Ley 1480 de 2011 contra la tienda BIKERS MALL. El demandante declara que realizó una compra el día 19 de diciembre del 2017, de un casco marca FOX por setecientos mil pesos (\$700.000) y unos guantes por cincuenta mil pesos (\$50.000), para su hija quien practica BMX. El casco sería entregado en el mes de febrero del 2018, porque el casco se debía de traer de Estados Unidos.

El 04 de marzo del 2018 el casco se dañó debido a una caída que tuvo la hija del demandante en las Nacionales de Ubaté Cundinamarca, esta caída no fue grave además son frecuentes en las personas que practican este deporte, el casco viene con un certificado de soporte y protección para los deportistas en este tipo de situaciones. El demandante elevó una reclamación de cambio del producto o devolución del dinero ante la demandada, pero obtuvo una respuesta negativa.

#### **Normas violadas:**

Artículos 3º 5º, 7º, 8º, 10, 11,18 y 42 de la Ley 1480 de 2011

El demandante consideró que se le estaban violando sus derechos como consumidor y que además estaba inmerso en una cláusula abusiva según el artículo 42 del estatuto del consumidor la “cláusula abusiva es la procedencia a 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”.

### **¿Por qué no se considera cláusulas abusivas?**

La Superintendencia de Industria y Comercio con referencia a los siguientes artículos 5º, 7º, 8º, 10, 11 y 18 de la Ley 1480 de 2011, nos indica que la obligación que tienen los proveedores o productores de responder a los consumidores frente a los daños que presenten los bienes y servicios en la calidad, seguridad e idoneidad del producto al igual en el artículo 2.2.2.32.6.1 del Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, donde responsabiliza atender la solicitud de efectividad de garantía. El presupuesto de la garantía se deriva de la relación de consumo donde se adquiere un bien o servicio de parte de un proveedor o productor y en cuyo caso si este bien o servicio llegare a presentar fallas en la calidad, idoneidad y seguridad, durante el tiempo de vigencia de la garantía será obligación del proveedor y productor cumplir con ella.

Cuando se realizó la demanda la parte actora no aportó prueba por lo menos sumaria, que acreditará que el daño del casco fuera producto de la falta de calidad e idoneidad del mismo bien, en conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso “*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”. Como consecuencia esto no se

puede probar si la demandada le compete responder con el menoscabo del bien al demandante.

Es por lo anterior que demandada manifiesta que este producto no tiene cobertura de garantía por parte del fabricante en la medida de que el daño fue causado de forma incidental o consecuente.

La SIC contempla que el demandante, al realizar la compra del producto de forma presencial tenía como poder verificar las condiciones de calidad del bien y tomar la decisión de compra. Por otro lado el deber de información no solo recae al proveedor o productor sino también al consumidor quien debe informarse del estado del producto que desea adquirir en base a el Estatuto del Consumidor, ya que este no solo establece derechos sino que también constituye deberes para los consumidores.

Por los anteriores motivos, mediante la protección del consumidor el despacho niega las pretensiones a la parte demandante, porque no puede ir en contra de las estipulaciones consagradas en el Nuevo Estatuto del Consumidor ni ponerle cargas excesivas a la demandada, más cuando no se ha comprobado el defecto en la calidad e idoneidad en el bien o servicio prestado por ende la demandada no está ejerciendo ninguna cláusula abusiva en la relación de consumo, porque no está generando desequilibrios que impida que el demandante ejerza sus derechos como consumidor, en resumidas cuentas se evidencia que no existe tampoco cláusula abusiva dado a que le producto adquirido por la parte accionante cumplió con la función prometida a la hora de la compra pues este protegió la integridad física de la hija del demandante.

## **Sentencia 3734 de marzo 26 de 2019**

### **Resumen de los hechos:**

El señor Jonny Padilla Taborda presenta ante la Superintendencia de Industria y Comercio una demanda dentro del marco de acción de protección al consumidor dispuesto en la Ley 1480 de 2011 en contra de Novedades On Line SAS, el día 30 del mes de mayo del año 2018, el accionante recibió una llamada por parte de la demandada, donde le ofrecían el cambio de tarjeta de crédito y aumentar el cupo de la misma, así tendría la facilidad de acceder a los siguientes bonos: servicios de medicina veterinaria, auxilio de desempleo, asistencia en el hogar, fúnebres, descuentos en el SOAT y técnico mecánica, asesorías jurídicas, tributarias contables, de mantenimiento, emergencia y servicios de turísticos y que para acceder a estos beneficios, tenía que confirmar su información y decir sus cuatro últimos dígitos de su tarjeta de crédito, el demandante accedió a esto.

Cuando el demandante revisa los extractos de su tarjeta de crédito del mes de mayo evidencia que existe un cobro, por la suma de ochocientos noventa y nueve mil pesos m/cte. (\$899.000), diferidos en 36 cuotas, a favor de la sociedad Novedades On Line S.A.S. el demandado realiza la reclamación directa sin obtener respuesta alguna por parte de la entidad demandada.

La pretensión del demandante es que se le reconozca su derecho a la terminación del contrato que existe entre ambas partes y que se le devuelva los ochocientos noventa y nueve mil pesos (\$899.000), la imposición de una multa, así como la condena en costas.

**Normas violadas:**

Numeral 1.3 del artículo 3, 23 de la ley 1480 del 2011.

**¿Por qué se considera cláusula abusiva? .**

la Superintendencia de Industria y Comercio procede a estudiar si la información dada por la demandada cumple con los requisitos que trae consigo la ley 1480 del 2011 en su artículo 23 según lo expresado por la parte demandante, se comprueba que la demandada no cumplió con el deber de informar que este servicio generaba un costo adicional, a parte la demandada no realizó la contestación de la demanda en el término del traslado, lo cual según el artículo 97 CGP hará presumir los hechos como ciertos los que son susceptibles de confesión de la demanda, que para este caso son: 1. Que la demandada omitió información veraz, clara, transparente, suficiente y oportuna al consumidor sobre el servicio ofrecido. 2. Que la demandada debito a la tarjeta de crédito del demandante sin autorización la suma de ochocientos noventa y nueve mil pesos m/cte. (\$899.000) .3. Que el demandante procedió a la reclamación directa de la demandada.

Por consiguiente, el despacho declarará la vulneración de los derechos discutidos y ordenó a la demandada la cancelación de los ochocientos noventa y nueve mil pesos m/cte. (\$899.000) en el portafolio de servicios objeto de litigio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 y siguientes de la Ley 1480 de 2011.

Por último, la SIC resuelve que efectivamente la demandada si omito información relevante al consumidor, pues este desconocía que estos beneficios tenían un costo adicional, lo que le generó un desequilibrio al imponerle un deber

monetario causándole un daño. La SIC resuelve amparada en el artículo 23 del estatuto del consumidor fundamentándose en lo siguiente “...serán responsables de todo daño que sea consecuencia de la inadecuada o insuficiente información...”. Y con el fin de resarcir los perjuicios causados y equilibrar esta conducta abusiva del proveedor, se le ordenó la devolución de la totalidad del dinero.

### **Sentencia 5236 de 29 de abril de 2019.**

#### **Resumen de los hechos:**

El señor José Noel Medina Sáenz presentó una demanda a la Superintendencia de Industria y Comercio haciendo uso del mecanismo de protección al consumidor en contra de Genel Group S.A.S. el 27 de abril del 2018 el demandante recibió una llamada telefónica por parte de la demandada donde le ofrecía una póliza de seguro, la información brindada por esta fue insuficiente e incomprensible, lo cual conllevó a que el demandante aceptara la póliza.

Al día siguiente el demandante se acerca a una de las sucursales de Bancolombia, para cancelar el servicio, pero le comunican que ya no se puede anular porque el banco generó la transacción por seiscientos noventa y nueve mil pesos (\$699.000) es por esto que el demandante decidió comunicarse directamente con la parte demandada para la anulación de dicha póliza, pero le confirman de nuevo que ya no se puede hacer nada ya que el banco había realizado la transacción y lo remitieron directamente a este para que allí solucionaran su problema, por otra parte el demandante recibió en esos mismos días un carnet en el cual se le acreditaba como miembro de la aseguradora, a su vez le enviaron unos audífonos y un celular junto con la copia del contrato de prestación de servicios.

Por todo lo anterior, el día 28 de agosto de 2018 la parte demandante presento una reclamación directa a la demandada y no recibió respuesta de su parte.

La pretensión del demandante es la declaración de terminación del contrato.

### **Normas violadas:**

Numeral 15 del artículo 5,42,45, 46, 47 y 48 de la ley 1480 del 2011

### **¿Por qué se considera cláusula abusiva? .**

La SIC resuelve el presente caso de acuerdo a los numerales 15 y 16 del artículo 5o(1)y los artículos 45, 46, 47 y 48 de la Ley 1480 de 2011, donde se hace referencia a los medios no tradicionales de comercialización como se refleja en este caso, el legislador estipulo las condiciones que deben cumplir los proveedores o productores para garantizar la calidad y condiciones ofrecidas al consumidor, puesto que este no tiene un contacto directo con el bien o el servicio impidiendo la corroboración de las referencias dadas por el proveedor o productor.

Además, el legislador otorga el derecho de retracto a los consumidores financieros y los que adquieren el bien o servicio por medios no tradicionales de comercialización, esto le permite al consumidor que cuando conozca el bien pueda retratarse de continuar con el contrato, para lo cual tiene un plazo de cinco días hábiles, cuando se hace uso de este derecho se termina el contrato y se devuelve el dinero.

La SIC resalta que la demandada si omitió información veraz, anticipada, suficiente y expresa de las condiciones y términos del contrato, en especial la posibilidad que tenía el demandante de retractarse según lo expresa el numeral 4 del

artículo 46 de la ley 1480 del 2011 vulnerando así los derechos del demandante bajo la condición de consumidor.

Por último, la SIC resuelve que claramente existe una falta en la información y como deber del proveedor es dar una información completa al consumidor sobre el bien o servicio, la naturaleza de este negocio jurídico no excluye el derecho al retrato. La demandada en la contestación de la demanda no invocó causal de exoneración de responsabilidad conforme al artículo 16. EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LA GARANTÍA.

De acuerdo con los hechos de la demanda y a los artículos enunciados por la SIC, el despacho declara la vulneración de los derechos y ordena la devolución del cien por ciento del dinero.

### **Sentencia 4589 del 2019 del 9 de abril del 2019.**

#### **Resumen de los hechos:**

La señora Clara Inés Solís presenta demanda a la Superintendencia De Industria Y Comercio amparada en la protección al consumidor contra Asociación De Vivienda Frontera Del Milenio, ambas partes celebraron contrato de promesa de compraventa por la construcción de un apartamento de interés social, por una suma de siete millones quinientos mil pesos (\$7.500.000).

De acuerdo a las manifestaciones presentadas por la demandante la entrega se había acordado para el 10 de agosto del 2017, pero la demandada incumplió con su obligación, mientras ella si cumplió con su obligación de consignar los siete millones de

pesos (\$7.000.000), mas no realizó la cancelación del saldo, debido a que no recibió el bien inmueble.

El 28 de julio del 2018 la demandada emitió respuesta a la reclamación donde accedía a la devolución del dinero, previos descuentos advertidos en la promesa de compraventa.

La pretensión es que se declare que la demandada vulneró las normas de protección contractual y que no se aplique la cláusula quinta (cláusula penal) y que sea declarada ineficaz.

#### **Normas violadas:**

Artículos “5o, 7o, 8o, 10, 11 y 18 de la Ley 1480 de 2011.

#### **¿Por qué no se considera una cláusula abusiva?**

La SIC procede analizar el presente caso, atendiendo a lo dispuesto de la garantía en el Estatuto de Consumidor en sus artículos “5o, 7o, 8o, 10, 11 y 18 de la Ley 1480 de 2011, que hace referencia a la obligación de los proveedores y productores, los cuales deben responder por las fallas que presente el bien o el servicio en su calidad e idoneidad , no solo la garantía recae en las anteriores características sino también, en el cumplimiento y condiciones pactadas desde el momento de la celebración del contrato, en las que se encuentra la oportuna entrega del bien o la prestación del servicio, también responde por la insatisfacción de las expectativas del consumidor.

Se halló que la accionada en primer lugar incumplió con la obligación contraídas en la promesa de compraventa, los pagos no los realizó en las fechas y

formas pactadas dentro de la promesa de compraventa, que consistía en cancelar cinco millones de pesos (\$5.000.000) y los dos millones quinientos (\$2.500.000) en diez (10) cuotas de doscientos cincuenta mil pesos (\$250.000) , a partir de octubre del 2014 y que para el mes de julio del 2015 debía encontrarse a paz y salvo, para poderle entregar el 10 de agosto del 2017 el bien . Al existir un incumplimiento inicial por la demandante el despacho considera que no existe vulneración a su derecho de garantía, porque para reclamarlo debía haber cumplido con sus deberes dentro de relación de consumo.

La SIC manifiesta que la cláusula quinta de la promesa de compraventa es considera abusiva según el artículo 42 del Estatuto del Consumidor teniendo como premisa que son las que generan un desequilibrio injustificado al consumidor, por ende, se procede a interpretar la cláusula quinta de la promesa de la compraventa la cual contiene el siguiente enunciado:

*QUINTA: Los promitentes contratantes acuerdan que para el estricto cumplimiento de todas y cada una de las cláusulas del presente contrato, pactan una multa o cláusula penal equivalente al 20% del valor de la venta, es decir, la suma de UN MILLON QUINIENTOS MIL PESOS (\$ 1.500.000) la cual será exigible ejecutivamente sin necesidad de requerimiento por mora, pues las partes expresamente renuncian al ser requeridas y sin perjuicio por cumplimiento de la obligación principal.*

La SIC aclara que esta cláusula no tiene la característica de abusiva antes se nota la igualdad entre ambas partes, para ejecutar sin requerimiento de la mora el

pago de la cláusula penal. La pretensión por parte de la demandante no está llamada a prosperar, además la demandada manifestó que no va hacer exigible la cláusula penal, si no se hace efectiva la materialización de lo pretendido, lo cual el despacho pone a consideración y al respecto argumenta acceder a la solicitud realizada por la demandada, pero sin embargo no realizó el reembolso del dinero a favor de la demandante, se tendrá que ordenar la efectiva materialización quedara como resultado la terminación del contrato .

## **Conclusiones.**

En Colombia, la evolución de la legislación en torno a la protección del consumidor ha sido lenta y no muy ampliamente discutida. Sin embargo, la Ley 1480 de 2011, ha dado un paso agigantado en nuestra historia como nación para regular estos temas y establecer mecanismos válidos para propiciar y garantizar los derechos de los consumidores.

En lo que respecta al contenido conceptual importante, esta Ley 1480 no contempla explícitamente los conceptos de contrato de consumo y relación de consumo, ni se refiere abiertamente a ellos. Sin embargo, establece una definición clara sobre lo que considera un consumidor y asimismo, lo que considera una cláusula abusiva. En este sentido, la Ley 1480 pese a los defectos encontrados, está fundamentado de manera coherente con disposiciones que se tienen a nivel internacional al respecto.

Dado que la Ley 1480 es la base de actuación en materia de protección a los consumidores, se reconoce como la acción de protección contractual como el principal mecanismo para la reclamación ante la vulneración de derechos en términos de esta ley. Los demás mecanismos son dispuestos por la legislación de la Constitución Política de 1991, del Código Civil y de la jurisdicción ordinaria. En los procesos, se identifican desventajas procedentes de los defectos del propio sistema jurisdiccional como los largos tiempos para la resolución de un caso, hasta la cantidad de trámites que se requieren para instaurar una acción judicial que no se compara con el beneficio que pueda ser otorgado. Por lo anterior, cabe mencionar que se requiere mayor

eficiencia en los procesos de regulación y control de situaciones que vulneren los derechos de los consumidores, incluidas las cláusulas abusivas en los contratos de consumo.

Por otra parte, se identifica que la Superintendencia de Industria y Comercio se encuentra facultada por la Ley 1480 para el manejo de acciones de protección al consumidor. De hecho, los casos analizados de protección contractual en el contexto colombiano periodo 2019, fueron atendidos y resueltos en su totalidad por esta entidad. Se denota que, para la resolución de los casos, se procedió con demandas interpuestas en el marco de la acción de protección contractual descrita en el Estatuto por parte de personas naturales exigiendo efectividad de garantía, terminación de contratos y reintegro del precio del bien o servicio recibido. De igual forma, se encuentra que la Superintendencia exige claridad en los hechos y solo acepta pretensiones relacionadas con la vulneración exclusiva de los derechos de los consumidores.



Congreso de la República de Colombia. (1887). Ley número 57 de 1887 Sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional. Bogotá: El Congreso.

Congreso de la República de Colombia. ( 1998 ). Ley número 472 de 1998 sobre 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. Bogotá: El Congreso.

Congreso de la Republica de Colombia. (1981). Ley número 73 de 1981 sobre la cual el Estado interviene en la distribución de bienes y servicios para la defensa del consumidor, y se conceden unas facultades extraordinarias. Bogotá. El Congreso

Congreso de la Republica de Colombia (2009) Ley número 1328 de 2009 Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones. Bogotá. El Congreso.

Congreso de la Republica de Colombia (2011) ley número 1480 de 2011 Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. Bogotá: El Congreso.

Cruz, S. M (2016). Mercantil especial: Conozca cómo se formula una demanda ante una superintendencia. Ámbito Jurídico. Recuperado de : <https://www.ambitojuridico.com/noticias/mercantil/financiero-cambiaro-y-seguros/especial-conozca-como-se-formula-una-demanda-ante> .

- Díaz-Granados, J. M. (2012). El nuevo Estatuto del Consumidor en Colombia su incidencia en el contrato de seguros. *RIS*, 36(21): 59-96
- Díaz, I. (2012). Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad en el derecho moderno de los contratos. *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, 23, 127-178
- Echeverri, V. M. (2011). El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores. *Opinión Jurídica*, 10 (20), 125-144
- García, C. P., Gallego, A. (2016). Dispositivos jurídicos que pugnan las cláusulas abusivas en Colombia y Chile. *Summa Iuris*, 4(1), 127-153
- Gil, J. (2013). El abuso de las cláusulas contractuales. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 18(1), 243-266. Doi: doi.org/10.12804/esj18.01.2016.08
- Herrera, F.A. (2012). El contrato de consumo: Notas características. *Principia IURIS*. 17 (17), 62-116
- Herrera, B.; Álvarez, J. (2017). Controles a las cláusulas abusivas en la Ley 1480 de 2011: una reflexión desde el análisis económico del derecho. *Revista Jurídicas*, 14 (2), 79-95. DOI: 10.17151/jurid.2017.14.2.6
- Izcara, S.P. (2014). *Manual de Investigación Cualitativa*. México: Fontamara
- López, L. C., Martelo, V. (2012). La protección del consumidor en Colombia en la Ley 1480 de 2011 a partir de las directrices de la Resolución 39/248 de la ONU. Universidad de Cartagena. Recuperado de:

<http://190.242.62.234:8080/jspui/bitstream/11227/831/1/MONOGRAF%C3%8DA%20DE%20GRADO.pdf>

Martínez, P. (2014). ¿Qué hay de nuevo en materia de cláusulas abusivas? *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, (9), p 76-84

Pineda, N. (2017). El arbitraje comercial en Colombia - pacto arbitral en el estatuto de arbitraje nacional e internacional frente a la jurisdicción ordinaria a partir del código general del proceso (Trabajo de grado) Universidad Militar Nueva Granada. Recuperado de: <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/16386/PinedaLemusNelsonEnrique2017.pdf;jsessionid=32B177FBD111E05584965321A7076C76?sequence=1>

Pizarro, C. (2004). La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno. *Estud. Socio-Juríd*, 6(2), 117-141

Pizarro, C. (2012). *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica. Bases para unos principios de Derecho de los Contratos*. Universidad Externado de Colombia.

Posada, C. (2015). Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano. *Revista de Derecho Privado*, 29, pp. 141-182. Doi: <http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n29.07>

Presidencia de Argentina (1993). *Ley de Defensa del Consumidor [Ley 24.240, 1993]*

Sierra, A. (2013). Las cláusulas de confidencialidad en el contrato de trabajo. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 41, 145-179

Soto, C.A. (2003). Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos Vniversitas, 106, 563-609

Stiglitz, R. S. (1999). Contrato de consumo y cláusulas abusivas. ConTexto. 4, 32-51

Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia (2019) sentencia (1°) 1379 de febrero 8 de 2019. Profesional universitaria delegada Silvia Cristina Hoyos Gómez. Colombia.

Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia (2019) sentencia (2°) 3734 de marzo 26 de 2019. Profesional Universitaria delegado Andrés Felipe Restrepo Pardo. Colombia.

Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. (2019). sentencia (3°) 4589 de abril 9 de 2019. Profesional Universitaria delegado Fredy Alexander Pérez Ramírez. Colombia.

Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. (2019). sentencia (4°) 4597 de abril 9 de 2019. Profesional Universitaria delegada Mónica Ivett Rodríguez García. Colombia.

Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. (2019). sentencia (5°) 5236 de abril 29 de 2019. Profesional Universitaria delegada Mónica Ivett Rodríguez García. Colombia.

Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. (2019). sentencia (6°) 6172 de mayo 17 de 2019. Profesional Universitaria delegada Silvia Cristina HoyosGómez. Colombia.

Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. (2019). sentencia (7°) 7984 de julio 8 de 2019. Profesional Universitaria delegada Lennys Lorena Lozano Barón. Colombia.

Resolución 26, Secretaría de Coordinación Técnica. Defensa del Consumidor. Argentina, 13 de agosto de 2003

Tamayo, J. (2007). Tratado de responsabilidad civil. Tomo I. Editorial Legis.

Villalba, J. C. (2009). Aspectos introductorios al derecho del consumo. Prolegómenos – Derechos y valores. 12(24)

Villalba, J.C. (2011). Los contratos de consumo en el derecho colombiano y el derecho comparado. *Revista Facultad de Ciencias Económicas: Investigación y Reflexión*. 19 (2),171-195