

**“MANIFESTACIONES DEL ABUSO DEL DERECHO POR PARTE DEL
CONSUMIDOR EN EL DERECHO COLOMBIANO”**

LINA MARÍA ALDANA ACEVEDO

MAESTRÍA DERECHO EMPRESARIAL
PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

LUIS FÉLIX BARRIGA PALOMINO
DOCENTE ASESOR

COLOMBIA, RISARALDA, PEREIRA

NOVIEMBRE 2021

Contenido

Capítulo I. “Conceptualización del abuso del derecho y teoría de la Buena Fe”	6
Capítulo II “Conceptualización de la Buena Fe como punto de partida de otras obligaciones en el Derecho Contractual”	¡Error! Marcador no definido.
Capítulo III. Los derechos y deberes de los consumidores y los límites para el ejercicio de los mismos.	34
Capítulo IV. Análisis de la jurisprudencia de Altas Cortes y de la Superintendencia de Industria y Comercio.	44
Capítulo V. Conclusiones.....	¡Error! Marcador no definido.
Referencias	59

Resumen: En el ejercicio profesional del derecho comercial es común que se presuma que la parte menos informada de la cadena de consumo es el consumidor, no porque se crea que el comprador tiene un desconocimiento del producto que adquiere y que no cuenta con las herramientas suficientes para defenderse, sino por que el Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011) lo salvaguarda en todas las actuaciones que realiza en el contrato de consumo, no habiendo quedando allí consagrados los posibles actos de abuso del derecho ejercidos por el consumidor en su condición de parte menos favorecida de dicha relación de consumo

Palabras clave: Proveedor, productor, consumidor, abuso del derecho, buena fe.

Introducción

La Constitución Política en su artículo 334 establece que el Estado debe intervenir en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados para racionalizar la economía, lo anterior con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de la vida de sus habitantes.

Ahora bien, cuando la Constitución menciona el consumo, se debe aplicar en concordancia con el artículo 78, que dispone la protección del consumidor como un derecho colectivo, obligando a que por medio de una Ley se reglamente el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la sociedad, así como la información que debe suministrarse al público para la venta de dichos bienes y servicios.

De acuerdo con lo anterior, en el año 2011 se expidió el Estatuto del Consumidor, el cual tiene por objeto principal regular los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores tanto sustancial como procesalmente.

Tanto en la Constitución Política, los códigos civil y mercantil y ahora el Estatuto del Consumidor, se viene planteado la necesidad de regular la relación de consumo entre los particulares, buscando en todo momento bases que permitan lograr lineamientos de justicia que nacen de la relación contractual. La esencia de cada una de estas disposiciones legales es

proteger la parte menos informada o indefensa de esa cadena de consumo, presumiéndose en todo momento que la misma está en cabeza del consumidor.

En este sentido, se plantea como problema de estudio “¿Se pueden configurar escenarios de abuso del derecho por parte del consumidor en el ejercicio de la Ley 1480 de 2011 en contra de los productores y/o proveedores?”, ya que en la práctica profesional del derecho respecto de la defensa de un empresario, la parte menos informada, débil o en una situación de indefensión no siempre es el consumidor, sino que puede llegar a ser el empresario proveedor o productor, que en diversas ocasiones se ve abocado a aplicar las normas del Estatuto del Consumidor en favor del consumidor, sin ejercer su derecho a la defensa, pues ante una posición falta de buena fe de un consumidor, en un actuar doloso, es más fácil para el empresario o vendedor reponerlo y cumplir la presunta garantía que asumir los costos de defensa judicial que pueden llegar a superar el valor del producto.

De acuerdo a lo anterior, en el presente trabajo de investigación se abordará el abuso del derecho desde la perspectiva del consumidor frente al productor o proveedor en el derecho colombiano, resaltando que dicho tema ha sido planteado por algunos tratadistas y jueces en sus jurisprudencias de manera general y poco se ha dicho del abuso del derecho desde el ámbito del consumidor.

La propuesta metodológica que se presenta en esta investigación es de carácter cualitativo - descriptivo, toda vez que se pretende describir el comportamiento del consumidor desde un ámbito del abuso de las normas, dándole mayor relevancia a su conducta que a la cuantificación, abordando la “Conceptualización del abuso del derecho”, la “Conceptualización de la Buena Fe como punto de partida de otras obligaciones en el Derecho Contractual”, “Los derechos y

deberes de los consumidores y los límites para el ejercicio de los mismos”, y el “Análisis de la jurisprudencia de las Altas Cortes y de la Superintendencia de Industria y Comercio”.

No obstante, lo anterior, el proyecto también puede encuadrarse en un tipo de investigación exploratoria – descriptiva, pues a través del estudio del Estatuto del Consumidor, se cuestionará si las garantías que provee al comprador pueden llegar a ser en primera medida contrarias a la norma superior y en segundo lugar contribuir al abuso del derecho del consumidor.

El proyecto así mismo probará su hipótesis mediante el estudio de doctrina, jurisprudencia y el Estatuto del consumidor demostrando que no hay garantías de protección a los empresarios vs. el consumidor en las actuaciones de mala fe realizadas por el comprador.

Capítulo I. “Conceptualización del abuso del derecho”

1.1. Conceptualización del abuso del derecho

El presente capítulo tiene por finalidad desarrollar el concepto de abuso del derecho y la normatividad que lo consagra. Estableciendo la conceptualización del abuso del derecho desde diferentes ópticas nacionales y extranjeras en las diferentes áreas del derecho.

Este capítulo es el resultado de la realización del objetivo específico primero del anteproyecto de grado establece al literal “*Determinar que se entiende por abuso del Derecho en el contexto jurídico colombiano e internacional*”. En tal sentido, el capítulo se desarrolla en dos momentos:

En el primero se reflexionará sobre el concepto de abuso del derecho conforme la real academia de la lengua española y tratadistas nacionales e internacionales. En el segundo se establecen el origen, las normas y desarrollo del derecho comparado frente al abuso de derecho.

Lo anterior tiene como metodología la interpretación de textos primarios: constitución política y textos secundarios: como el código civil, doctrina y jurisprudencia nacional e internacional tal como jurisprudencia chilena, española, francesa y código de comercio.

1.2. Conceptualización del abuso del derecho

En el presente capítulo se abordará el siguiente orden frente a la conceptualización del abuso del Derecho: Se establece la teoría general del abuso del Derecho, la forma en que se aborda el mismo en Colombia en la Constitución política, el código civil y el código de comercio y para luego desarrollarlo desde la jurisprudencia y la doctrina, y finalmente frente al derecho comparado.

Para definir el abuso del derecho, en primera medida se plantea a un concepto general y poco a poco se tratarán los conceptos emitidos por los estudiosos del derecho. Así pues, la Real Academia de la Lengua Española lo define como el *“ejercicio de un derecho en sentido contrario a su finalidad propia y con perjuicio ajeno.”* (Real Academia Española, 2020).

De la anterior definición se pueden extraer dos componentes, que el abuso del derecho comporta el ejercicio de un derecho contrario a su finalidad y que ese actuar genere un daño a otra persona.

De esta forma se podría considerar el abuso del derecho como un ilícito civil que tiene como consecuencia la obligación de indemnizar los perjuicios causados, teniendo en cuenta, además, que la tesis del abuso del derecho como supuesto de responsabilidad extracontractual ha sido acogida por doctrinantes de varios países quienes a través de sus obras han ampliado este postulado, ejemplo de ello es Rene Abeliuk y Jorge Santos Ballesteros.

De acuerdo con la teoría de la responsabilidad extracontractual, el abuso del derecho tiene inmersa la sanción de indemnizar perjuicios, mientras que la postura adoptada por el profesor Juan David Terrazas Ponce establece que *“el resarcimiento sería solo uno de los posibles efectos jurídicos del abuso del derecho, al cual se sumarían otros, tales como la paralización del acto lesivo, la declaración de la nulidad de un acto, el rechazo de una acción judicial, etc.”* (Terrazas Ponce, 2010).

A continuación, se observará el origen y las normas en las que se consagra el abuso del derecho y como ha ido teniendo un desarrollo con el derecho comparado

1.3. Origen, normas y desarrollo en el derecho comparado del abuso del derecho

En lo que respecta al origen y normas ubicaremos aportes que han realizado algunos tratadistas extranjeros y su incidencia en el derecho comparado para acercarnos a demostrar el principio del abuso del derecho como lo establece Héctor Elías Hernández Velasco como una norma tendiente a restringir el ejercicio absolutista de los derechos subjetivos y uso arbitrario de los propios derechos.

El tratadista chileno Fernando Fueyo plantea que, en virtud de su aplicación a todas las relaciones jurídicas, debería encontrarse estipulado en el título preliminar del Código Civil, (Fueyo, 1990) por tratarse de una ampliación de responsabilidad. (Isler Soto, 2011)

Conforme lo anterior, muchos países lo han consagrado en su Código Civil, por ejemplo, Prusia fue el primer país que estableció el abuso del derecho como principio en su Código Civil en el año 1794, también lo hizo Perú en el artículo 2, España en el artículo 7 y Suiza en el artículo 2 de sus respectivos Códigos.

Sin embargo, en otras legislaciones decidieron aplicarlo de manera indirecta sin que en su normativa se encuentre taxativamente señalado el término “abuso del derecho”, ejemplo de esto es Chile, *“sin perjuicio de que es posible reconocer sus manifestaciones en normas dispersas”* (Isler Soto, 2011), generando una interpretación más amplia respecto de la norma frente al abuso del derecho.

En el caso colombiano, ha sido consagrado tanto en la comercial y la norma constitucional, así:

(Constitucion Politica de Colombia, 1991), Artículo 95 numeral 1: *“Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios;”*

(Codigo de Comercio, 1971), Artículo 830: *“El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.”*

Por su parte, en el Código Civil se hace referencia al abuso del derecho en el artículo 669, cuando se consagra el ejercicio legítimo de la propiedad, así como en varios artículos relacionados con la responsabilidad, como por ejemplo en los artículos 2341 sobre la responsabilidad extracontractual y 2343 sobre la obligación de indemnizar.

Este es el caso de una norma que ha surgido deductivamente de la buena fe, que se ha codificado a la par de ella. Es un elemento dentro de lo que se puede denominar el sistema interno de la buena fe, en una clara enunciación por identificar abusos del derecho siendo esta una de las conductas manifiestamente oportunistas; en un capítulo posterior procederemos ampliar la teoría de la buena fe.

La Corte Suprema de Justicia, por su parte, ha aplicado el concepto de abuso del derecho en diversidad de asuntos de la jurisdicción civil, sentando un criterio respecto a la calificación de los actos abusivos, poniendo dicha tarea en cabeza de los falladores, quienes deberán evaluar los medios probatorios y determinar en primera medida si existía intención para la comisión de un acto abusivo y en segundo lugar, determinar cuáles fueron los efectos de la misma y en virtud de ello establecer la cuantía del perjuicio.

Así las cosas, bajo este entendido, el juez deberá comprobar la existencia de un acto abusivo que generó un perjuicio y posteriormente condenar al pago indemnizatorio de los perjuicios causados por el acto abusivo. (Sentencia Exp 6499, 2003), labor que resulta necesaria, cuando no se tiene clara una teoría del abuso del derecho.

El Consejo de Estado, también ha aplicado el concepto del abuso del derecho en diversos fallos en asuntos tributarios al referirse al abuso del derecho de acción, estableciendo que cuando no se demuestra temeridad, abuso del derecho o mala fe en el actuar del demandando no hay lugar a condena en costas. (Auto, 2004) (Sentencia, 2010)

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia T-017 de 1995 expresó que:

“Insiste la Corte en que el respeto al orden instituido debe estar acompañado del razonable uso de los derechos que se tienen a la luz del sistema jurídico. El abuso del derecho, aunque éste se halle amparado formalmente en una norma jurídica, no legitima la conducta de quien actúa en perjuicio de la colectividad o afectando los derechos ajenos. De allí que el artículo 95 de la Constitución establezca, como primer deber de la persona y del ciudadano, el de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios.”
(Setencia T-017, 1995).

La Corte Constitucional en sus diferentes proveídos ha destacado el abuso del derecho como una situación netamente civil, teniéndose como primer deber de la persona y el ciudadano en sus acciones civiles y contractuales entre particulares el de actuar de buena fe.

A este respecto, la Corte se pronunció en sentencia T-511 de 1993 y señaló:

“ La teoría del abuso del derecho, desarrollada en el derecho privado y acogida jurisprudencialmente en Colombia, incorporada al plano constitucional, no sólo se limita a excluir de la protección del ordenamiento jurídico la intención dañina que no reporta provecho

alguno para quien ejerce anormalmente sus derechos en perjuicio de un tercero sino que, además, consagra una fórmula de "equilibrio" en materia de ponderación de los derechos constitucionales, de manera que su ejercicio no comprometa derechos de igual o mayor jerarquía." (Sentencia T-511, 1993)

Desde esta perspectiva privada internacional, para los tratadistas chilenos, determinar la ocurrencia del abuso del derecho se justifica en el interés de quien ejerce su derecho, es decir que si se encuentra que el provecho que busca es contrario o se extralimita de lo permitido, se estará ante un abuso del derecho. Esta teoría es acogida por Enrique Alcalde Rodríguez y Pablo Rodríguez Grez doctrinantes chilenos en su escrito un "Hito fundamental en la evolución de nuestra justicia ordinaria".

Por su parte, (Terrazas Ponce, 2010) describe que para que se configure el abuso del derecho deben concurrir dos aspectos, el ánimo manifiesto de perjudicar *animus nocendi* y la falta de necesidad en el derecho que ejerce.

Conforme a Isler Soto la jurisprudencia chilena ha acogido la tesis que puntualiza que para que ocurra el abuso del derecho, es necesario, evaluar el interés de quien lo ejerce, aclarando que los derechos tienen una finalidad establecida por la ley y que su función más allá del individuo tiene un carácter social, por lo cual "*deben pues ejercerse de acuerdo con los fines para los que han sido otorgados*". (Isler Soto, 2011)

Cuentas Ormachea (1997), doctrinante peruano, en su escrito "*El abuso del derecho*" hace un amplio análisis de la figura, señalando que en el acto abusivo importa el ejercicio de un derecho

por el titular que es anormal sin tener en cuenta la intención maliciosa, el dolo, la culpa o la negligencia para que ocurra un acto de esta categoría, respecto del daño puede que el ejercicio abusivo del derecho cause daño al titular o a la colectividad y finalmente, existe una relación directa entre quien abusa del derecho y el daño que emerge de su acto abusivo.

Frente al análisis realizado por el autor, cabe resaltar que no se trata de un conflicto de derechos, es decir que para determinar el abuso no se busca la contraposición sobre un derecho u otro, sino que lo que se busca es establecer si el titular tiene o no la facultad de ejercer dicho derecho que le otorga la ley o el contrato, cuando el ejercicio de este afecta a terceros o a una colectividad.

En Argentina, fue consagrado de manera expresa el principio del abuso del derecho en la Constitución en su artículo 35 y dicha figura ha sido objeto de amplio desarrollo por los jueces, considerando que hay abuso del derecho cuando el ejercicio sea contrario a los fines conferidos por la norma o cuando sea contrario a la buena fe, moral y buenas costumbres.

Al respecto, existen ciertas condiciones establecidas por la doctrina argentina para determinar que hay abuso de derecho cuando existe: 1) Intención de dañar, 2) ausencia de interés, 3) de las diferentes maneras que tiene para ejercer el derecho, elige la que es daños para otros, 4) perjuicio anormal o excesivo, 5) la conducta es contraria a las buenas costumbres, 6) el actuar es contrario a la lealtad y a la confianza. (Mayordomo)

En Colombia, el jurista y catedrático colombiano Valencia Zea (1998), señala que se abusa de los derechos en dos sentidos, uno activo y uno pasivo, en el primero de estos presupuestos

cuando se ejerce el derecho de forma contraria al destino o contenido del derecho y de manera pasiva, cuando teniendo el deber de ejercer el derecho se decide por no hacerlo. En este sentido la interpretación de este doctrinante se aparta de la tesis de la mayoría de tratadistas, pues estos abordan el abuso del derecho como una acción y no como una omisión.

Por su parte, Santos Ballesteros (1973) señala que los derechos tienen un destino natural, para lo cual el legislador los dotó de una finalidad y que se abusa del derecho cuando se ejerce de manera contraria a dicho destino. Incluso este autor, también acoge la teoría del *animus nocendi*, señalando que esta figura hace referencia a la intención perversa de perjudicar o dañar.

Para el tratadista (Ordoqui Castilla, 2010) se abusa del derecho en siete circunstancias: i) Cuando puede haber intención de dañar, ii) Cuando se ejerce un derecho sin necesidad, iii) Cuando se elige el ejercicio de un derecho a sabiendas de que es dañoso para otros, iv) Cuando se causa un perjuicio anormal, v) Cuando el ejercicio del derecho es anormal o desequilibrado, vi) Cuando la conducta es contraria a las buenas costumbres, la buena fe, la moral, etc. y finalmente vii) Cuando se actúa de manera no razonable o en contra de la lealtad o confianza recíproca.

En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, se establecieron ciertos parámetros para la configuración del ejercicio abusivo del derecho; i) Que lo cometa el titular del mismo, ii) Ejercicio anormal del derecho, apartándose de los fines para los cuales fue creado por el legislador, y iii) Cuando el ejercicio del derecho implique la lesión de otro derecho igual o de mayor jerarquía. (Sentencia, 1937)

Ahora bien, en jurisprudencia más reciente la Corte Constitucional Colombiana, estableció que se está en frente de un abuso del derecho cuando; i) Quien adquiere el derecho en forma legítima, pero lo utiliza fuera de los fines establecidos, ii) Quien se aprovecha de la interpretación de las normas, iii) El titular usa de manera inapropiada e irrazonable un derecho, iv) Quien invoca el derecho, a la luz de las normas, de manera excesiva y desproporcionada. (Sentencia C-258, 2013)

La jurisprudencia colombiana ha avanzado y se ha ajustado a situaciones como en el derecho societario cuando se abusa del derecho al voto, en derecho administrativo en situaciones de desviación de poder, en derecho privado el abuso del derecho en el ejercicio de los derechos de los consumidores y una de sus aplicaciones más actuales se dio en materia constitucional, pues el alto tribunal, en sus providencias ha extendido la aplicación de esta figura al ejercicio de derechos fundamentales, determinando la necesidad de ponderar el ejercicio de un derecho sobre otro, so pena de configurarse un acto abusivo. (Sentencia T-094, 2000).

Coinciden las altas cortes en que el ejercicio del derecho abusivo desborda los fines para los cuales fue creado si quien lo usa es el titular del derecho, sin embargo, difieren en que el ejercicio del derecho abusivo implica una lesión para Corte Suprema de Justicia, mientras que la Corte Constitucional no establece la lesión como requisito *sine qua non* para que exista abuso del derecho, sino el resultado desproporcionado y contrario a los fines consagrados por la norma.

En Colombia, habiéndose realizado una búsqueda exhaustiva, es posible evidenciar que si bien el código de comercio y la constitución política de Colombia lo consagran como “la indemnización de derechos en caso de abusos” (Artículo 830 del Código de Comercio) o como el

respeto de los derechos ajenos sin abuso de los propios (artículo 95 # 1 de la constitución política), no se evidencia un desarrollo jurisprudencial que dé cuenta del abuso del derecho desde el consumidor respecto del vendedor, solo se evidencian apartes jurisprudenciales que abordan la teoría del abuso del derecho desde diferentes ámbitos del mismo, tales como el área pensional, o la extralimitación de funciones desde la rama ejecutiva en sus diferentes niveles.

Con base en lo anterior, se hace un acercamiento de los textos recopilados y la información consultada desde la superintendencia de industria y comercio, como un hito en lo que respecta a una multa interpuesta a un consumidor, evidenciando allí que es la parte favorecida de dicha cadena de valor, la misma que fue salvaguardada con la ley 1480 de 2011, Estatuto del Consumidor, dejando de lado al vendedor como posible parte vulnerable en actos de abuso del derecho que pueden ser ejercidos de manera directa en ocasiones por el consumidor.

Se vera entonces el análisis de la información recopilada entre los límites abusivos del derecho y la inconstitucionalidad reflejada en la sobreprotección al consumidor, situaciones de abuso del derecho por parte del consumidor, donde los precios publicados son irrisorios, Resolución 53403 de 2013, auto 17645 del 25 de marzo de 2015, como precedente de sanción al consumidor abusivo, proceso verbal sumario 6890 del 25 de julio de 2017 y finalmente un aparte jurisprudencial que da cuenta del abuso del derecho en general.

Los tratadistas Camilo Pabón Almanza y Andrea Mora Ramírez, citan en el artículo denominado “Límites al ejercicio abusivo del derecho de retracto” la sobreprotección del consumidor, que se ha creado en Colombia como una institución que sería una excepción al principio general que prohíbe el abuso del derecho: el derecho de retracto en favor de los

consumidores, enmarcando entonces la posibilidad que tienen los consumidores de manera unilateral de terminar el contrato con efectos ex tunc, esto sin consideración de la otra parte, de esta forma quedo concebido en la ley 1480 de 2011, esta quedo pactada como una cláusula exorbitante, no concebida dentro de nuestro ordenamiento jurídico para el derecho privado, la misma es tan lesiva con el vendedor, productor o distribuidor, al punto de que esta calidad no solo la tiene quien adquiere el bien y es parte del contrato de consumo, sino toda otra persona que use y disfrute del bien (Camilo Pabon Almanza y Andrea Mora Ramirez, Enero - Junio de 2014)

Así mismo ha reiterado la SIC que *“cuando se ejerce el derecho de retracto, se llevan las cosas al estado anterior al contrato, por lo cual, el bien debe ser devuelto por el consumidor, cuando se trate de la adquisición de productos, y el productor o proveedor debe devolver las sumas pagadas dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que se ejerció dicho derecho”* (SIC, 2012).

Finalmente, en lo que respecta al Derecho de Retracto nuestro sistema constitucional es irrelevante si el ejercicio abusivo de un derecho, que permite desconocer derechos de igual o mayor jerarquía sin exigir ninguna seriedad de quien lo ejerce, está amparado por una norma. Lo anterior, puesto que *“el abuso del derecho, aunque éste se halle amparado formalmente en una norma jurídica, no legitima la conducta de quien actúa en perjuicio de la colectividad o afectando los derechos ajenos”* (Corte Constitucional, 2013)

Se analizara entonces las situaciones de abuso del derecho por parte del consumidor, donde los precios publicados son irrisorios, abordando el análisis del abuso del derecho como fin

principal del presente capítulo, partiendo de la concepción del límite del ejercicio del derecho personal, frente a los derechos colectivos se tiene que hay abuso del derecho cuando no hay un equilibrio entre las ventajas de una parte y los intereses sacrificados de otro derecho (Ordoqui Castilla, Abuso del Derecho - pagina 71, 2010), por lo cual, quien abusa de los derechos «denota un comportamiento que se disocia de la juridicidad y que es, además, inmoral por antisocial.» (Fernández Sessarego, 1992)

Por su parte, la Corte Constitucional en la Sentencia C-258 de 2013 establece que comete abuso del derecho «(i) aquél que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para fines no queridos por el ordenamiento jurídico; (ii) quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico; (iii) el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y (iv) aquél que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue.»

En virtud de lo expuesto, frente a pronunciamientos de la SIC, se lee en la Resolución 53403 de 2013 (...) para valerse de adquirir un bien a un precio irrisorio, o bien para generar un retracto con efectos ex tunc, vulnerando los derechos del vendedor. Es menester entonces aclarar que el ordenamiento jurídico debería salvaguardar así mismo al vendedor frente a abusos del derecho de los consumidores frente a precios irrisorios.

Ahora frente a la Resolución 53403 de 2013 emitida por la SIC, aborda el abuso del derecho desde las practicas restrictivas en condiciones de competencia en un mercado

determinado, circunstancia que si bien aplica el derecho privado en el abuso del derecho no es el tema de relevancia para el presente trabajo de investigación.

En una mirada analítica al auto 17645 del 25 de marzo de 2015, proferido por la superintendencia de industria y comercio frente una demanda, donde como precedente se rechaza una solicitud de nulidad, la SIC rechaza la solicitud de nulidad y por el contrario exhorta al demandante acogerse a lo establecido en la Sentencia 943 del 28 de octubre de 2014, donde le recuerda que en su resuelve se negaron las pretensiones del demandante y por el contrario, se condena en costas y adicional a ello se le impone una multa de 2 salarios mínimos a favor de la superintendencia de Industria y Comercio, lo anterior debido a las acciones probadas como abuso del derecho de parte del consumidor.

Posteriormente se procede a revisar el extracto jurisprudencial que da cuenta del abuso del derecho, tal como la Sentencia T – 511 de 1993, establece:

“ La teoría del abuso del derecho, desarrollada en el derecho privado y acogida jurisprudencialmente en Colombia, incorporada al plano constitucional, no sólo se limita a excluir de la protección del ordenamiento jurídico la intención dañina que no reporta provecho alguno para quien ejerce anormalmente sus derechos en perjuicio de un tercero sino que, además, consagra una fórmula de "equilibrio" en materia de ponderación de los derechos constitucionales, de manera que su ejercicio no comprometa derechos de igual o mayor jerarquía.” (Sentencia T-511, 1993)

Finalmente, aunque no se cuenta con un concepto claro del abuso del derecho, los esfuerzos de los doctrinantes y de los falladores se han encaminado a su aplicación en los fallos y escritos que realizan, por lo cual, pese a la ausencia de una definición taxativa acerca del abuso del derecho, se ha procurado aplicarse de manera contundente en los pronunciamientos realizados.

Para cerrar el presente capítulo, es preciso enfatizar que dentro de las enunciaciones hechas no existe un criterio claro para identificar un abuso del derecho en las relaciones comerciales y de consumo, estableciendo entonces que en la actualidad no se cuenta con una teoría clara del abuso del derecho, que, aunque se evidencia en la doctrina y la jurisprudencia colombiana y extranjera las posibles enunciaciones del mismo en diferentes áreas, no es posible identificarla a simple vista con el fin de establecer un abuso claro del derecho en los diferentes ámbitos de la doctrina y la jurisprudencia

Capítulo II “Conceptualización de la Buena Fe como punto de partida de otras obligaciones en el Derecho Contractual”

El presente capítulo pretende desarrollar el concepto de buena fe y la normatividad que lo consagra. Lo anterior debido a que el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia establece “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas (...) se presumirá la buena fe en todas las gestiones que aquellos adelanten (...)”

Este capítulo es el resultado de la realización del segundo objetivo específico que al literal dice “*Conceptualización de la Buena fe como punto de partida de otras obligaciones en el*

Derecho Contractual en el derecho privado colombiano”. En tal sentido, el capítulo se desarrolla en cuatro momentos:

En el primero se reflexionará sobre el concepto de la buena fe conforme la real academia de la lengua española y tratadistas nacionales e internacionales. En el segundo se establecen la consagración de la buena fe, en el marco normativo colombiano, el tercero la conceptualización de la buena fe objetiva y el cuarto finalmente se analizará la buena fe en la doctrina y la jurisprudencia

Lo anterior tiene como metodología la interpretación de textos primarios como la Constitución Política, de textos secundarios: como doctrina de diferentes tratadistas a nivel nacional e internacional, así como jurisprudencia nacional frente a la postura de la buena

En el presente capítulo se abordará el siguiente orden frente a la conceptualización de la buena fe: Se establece la teoría general de la buena fe, la consagración de la buena fe en el marco normativo colombiano y para luego desarrollarlo desde la jurisprudencia y la doctrina, se establece la buena fe objetiva desde su conceptualización y finalmente la buena fe en la doctrina y la jurisprudencia

La buena fe como principio y desde su herencia romana, ha servido a la mayoría de ordenamientos jurídicos sectorios del sistema continental, como paraje armonizador de las relaciones jurídicas tanto privadas como públicas; al hacer parte de la categoría de principios generales del derecho, sugiere un compromiso de lealtad y confianza en todo aquello que se ha convenido. (Orrego Morales, 2018 pág. 10)

Es así como al acudir al Derecho Romano como fuente principal de los ordenamientos normativos, la buena fe fue incorporada en el precepto *bona fides*, entendiéndose esta última como “*fidelidad a la palabra dada*” que coloquialmente puede traducirse como tener palabra, cumplir lo prometido, siendo considerado el titular de la *fides* como un hombre de palabra. (Castresana, 1991, pág. 57)

González Pérez (El principio general de la buena fe en el derecho administrativo, Madrid, 1983, pp. 18 y 40) entiende que la buena fe es el cumplimiento leal, honrado y sincero de nuestros deberes con el prójimo y el ejercicio también leal, honrado y sincero de nuestros derechos. Los derechos deben ejercitarse de buena fe y las obligaciones deben cumplirse de buena fe. Así, buena fe significa confianza, seguridad, lealtad, probidad, honorabilidad que parte del cumplimiento de la palabra dada.

Larenz (Derecho de las Obligaciones, Madrid, 1998, t. i, p. 142) sostiene que el principio de la buena fe significa que cada uno debe guardar fidelidad a la palabra dada y no defraudar la confianza o abusar de ella, ya que ésta forma la base indispensable de todas las relaciones humanas; supone conducirse como cabría esperar de cuantos con pensamiento honrado intervienen en el tráfico como contratantes. Agrega el autor que la aplicación de la buena fe no es una decisión adoptada al tenor del consentimiento jurídico o según un criterio de equidad de lo que le parezca a cada uno, sino una resolución tomada con fundamentos objetivos que contempla no solo lo establecido por las partes, lo señalado por el ordenamiento jurídico, sino que la parte de la consideración de las particulares circunstancias del caso.

De acuerdo con la Real Academia de la Lengua Española, la buena fe se define como rectitud, honradez y en un enfoque jurídico como un “*criterio de conducta al que ha de adaptarse el comportamiento honesto de los sujetos de derecho*” (Real Academia Española, s.f.)

En el Derecho Colombiano, Valencia Zea (Derecho Civil tomo 3, Colombia 1982, p. 132) define la buena fe como el proceder con conciencia recta y además esta señalando que cada parte debe guardar fidelidad a la palabra dada y no defraudar la confianza o abusar de ella. Así la buena fe exige obrar con espíritu de justicia y equidad o como obraría un comerciante honesto.

Conforme a Ordoqui Castilla (Buena fe Contractual, Bogotá, 2012, p. 107) (...) la buena fe opera como un instrumento moralizador del derecho y del contrato que surge como principio general informador de la juridicidad y la exigibilidad de conductas tendientes al respeto de la fidelidad en la palabra dada, la corrección, lealtad, cooperación y confianza mutuas en toda relación jurídica y en particular en el contrato.

Consagración de la Buena Fe en el Marco Normativo Colombiano

Existen dos concepciones de este precepto, la buena fe subjetiva y la buena fe objetiva. La primera de ellas se encuentra consagrada en el artículo 768 del mismo Código Civil al referirse a la posesión y señala: “*La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos exentos de fraudes y de todo otro vicio.*” (Codigo Civil Colombiano, 1873), En esta definición es preciso resaltar que se consagra la buena fe como conciencia, es decir como algo que surge del interior del ser humano, por esta razón es denominada subjetiva.

Por su parte, la buena fe objetiva se encuentra en el artículo 1603 del Código Civil que señala: *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.”*

La Buena fe impone normas de conducta desde el punto de vista positivo como negativo. Desde el punto de vista negativo, exige vetar toda conducta deshonesta que implique algún posible daño, exigiendo no actuar perjudicialmente. Desde el punto de vista positivo, exige un deber de diligencia de colaboración, de cooperación, de solidaridad, de forma que permita en el contrato facilitar la realización del interés de la contraparte.

En concreto, el rol principal de la buena fe subjetiva es otorgar un derecho y el rol principal de la buena fe objetiva es imponer deberes.

Solarte (Buena fe contractual y deberes secundarios de conducta, Rev. Universitas, n. 108, Bogotá, 2004, p. 281) entiende que las dos clases de buena fe difieren en las formas en las que son aplicadas o por manera en las que ellas se funcionan: una extiende o aplica una regla de conducta; la otra facilita una legitimación o configura una titularidad con base en aquella conducta, con lo que su función es distinta a pesar de su unidad de origen y por ello, difieren en la forma de instrumentación, evidenciando aspectos diferentes que compaginan con las dos formas que tiene de presentarse el derecho: como normativa y como facultad.

Siguiendo el recorrido, en el Código de Comercio (Decreto 410 de 1971), se consagra en múltiples oportunidades la buena fe, haciendo referencia a los terceros de buena fe (502), a la

presunción de buena fe (835) y la obligación de probar la mala fe, la obligación de actuar de buena fe exenta de culpa en la etapa precontractual (863), dejando entrever que la legislación colombiana amplió el campo de acción a otras etapas de la contratación, como la precontractual.

No obstante, el gran avance de este concepto en el Código de Comercio resulta del artículo 871 que señala:

“Principio de la Buena Fe. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley la costumbre o la equidad natural.” (Decreto 410 , 1971)

Buscar la buena fe en el comportamiento usual o reiterado podría conducir a que se confundan dos fuentes de integración eminentemente distintas a la luz de normas con la plasmada en el párrafo anterior, como son por una parte la costumbre y por otra parte la buena fe, ya que este concepto hace referencia a estándares de conducta que provienen de la ética jurídica, pero no solo de una ética personal o individual, sino en una ética basada en valores morales que sirven de fundamento a la convivencia social.

Buena fe objetiva

La adopción de este principio, en el marco normativo colombiano no se detiene allí, puesto que posterior a la Constitución de 1991 fueron expedidas leyes en las que se consagró el deber de respetar el principio de buena fe, por ejemplo, en materia societaria encontramos la ley 222 de

1995 que modifica el libro II del Código de Comercio, la cual en su artículo 23 establece la obligación de los administradores de “*obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios*”. Y es que es necesario recalcar que actualmente este deber de actuar de buena fe, constituye uno de los pilares fundamentales del buen gobierno corporativo. (Neme, 2006)

En atención al recorrido realizado en las normas colombianas, se puede señalar que la buena fe está presente en el derecho constitucional, en el derecho civil y comercial y que es aplicable en todo el desarrollo contractual, en la etapa precontractual, en la celebración, ejecución e incluso en el periodo post-contractual, tal y como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil señalando que:

“[...] Quiere decirlo anterior que para evaluar si un sujeto determinado actuó o no de buena fe, resulta imperativo examinar, en cada una de las precitadas fases, la conducta por él desplegada, pero de manera integral, o sea en conjunto, dado que es posible que su comportamiento primigenio, en estrictez, se ciña a los cánones del principio rector en cita y ulteriormente varíe, en forma apreciable y hasta sorpresiva, generándose así su inequívoco rompimiento. De allí que la buena fe no se pueda fragmentar, en orden a circunscribirla tan sólo a un segmento o aparte de una fase, por vía de ejemplo: la precontractual –o parte de la precontractual–, ya que es necesario, como corresponde, auscultarla in globo, según se indicó, valorando las diversas oportunidades que los interesados tuvieron para actuar con lealtad, corrección (correttezza) y diligencia, según sea el caso.” (Sentencia Exp 6146, 2001)

Aunque la buena fe haya sido consagrada en múltiples normas de la legislación colombiana, como ya se expresó, lo cierto es que ninguna de estas se ha encargado de dar una definición clara, por lo que para entender este concepto es necesario recurrir al desarrollo doctrinal y jurisprudencial, para ver si desde dicha óptica es posible encontrar un concepto de buena fe.

Buena Fe en la doctrina y en la jurisprudencia

En el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia se ordena: *“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la que se presumen en todas las gestiones que aquellos adelantan ante éstas”*. Esta norma conforme Ordoqui Castilla, es ejemplar para América ya que lleva la buena fe a un sitial supremo de rango superior, facilitando la proyección de este principio en todo el derecho público y privado.

Conforme lo anterior, la norma facilita la teoría de los actos propios en las relaciones de derecho público, facilitando exigir lealtad y honestidad no solo entre privados sino también entre privados y autoridades públicas. Esta norma permite extender el alcance de la buena fe a toda actuación de los particulares pública o privada que tenga relevancia jurídica.

La Corte Constitucional en su jurisprudencia en providencia del 2008 señaló:

“La jurisprudencia constitucional ha definido el principio de buena fe como aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una “persona correcta

(vir bonus)”. Así la buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la “confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada” (Sentencia C-1194, 2008)

Aquí el alto tribunal constitucional siguiendo los postulados de la carta política, hace referencia tanto a los particulares como a las autoridades públicas y continuando con la definición dada por el derecho romano señala la confianza que se deposita a la palabra, tal como lo señalaba la *bona fides*.

Por su parte, Neme en un intento por definir la buena fe objetiva, señala que consiste en “regla de conducta, fundada en la honestidad, en la rectitud, en la lealtad y principalmente en la consideración del interés del otro como un miembro del conjunto social que es jurídicamente tutelado. La buena fe objetiva presupone que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces, entre otros deberes que emanan de permanentemente de su profuso carácter normativo”. (Neme, Martha Lucia, 2009)

El artículo 1291 inciso 2° del Código Civil Colombiano, al hacer referencia a la buena fe en la ejecución de los contratos, está en que a partir de la norma y por qué esta lo permite, se accede a la necesaria ponderación de la equidad y a la buena fe para el caso en concreto a partir de lo que supone considerar la naturaleza del vínculo y de las circunstancias sociales, económicas y éticas que la caracterizan.

Conforme lo plantea Ordoqui Castilla (Buena fe contractual, 2012, Bogotá, p. 200 – 208) en el cual hace un recuento sucinto de los artículos del código civil y el código de Comercio

Colombianos que de alguna u otra forma han hecho alusión al concepto de la buena fe, de los cuales se extraerá los del objeto de este escrito:

Artículo 769. Presunción de buena fe. La buena fe se presume excepto en los casos en los que la ley establece la presunción contraria.

Artículo 1603. Ejecución de buena fe. Los contratos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obliga no solo a lo que en ellos se expresa sino todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley pertenecen a ella.

Respecto del Código de Comercio se observan:

Artículo 863. Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo pre contractual so pena de indemnizar los perjuicios que se causen

Artículo 871. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obliga no solamente a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

De conformidad con las anteriores definiciones, es posible concluir que la buena fe se explica en términos de otros principios, como la honestidad, lealtad, seguridad, lo que finalmente lejos de dar claridad a la definición genera más interrogantes, respecto de ¿Qué es la buena fe?

En este sentido, más que una definición de buena fe lo que se evidencia es la ambigüedad del término, ya que se desconoce que contenido posee, ni como identificarlo concretamente, lo cual ha permitido que se creen a partir de allí deberes de conducta, por ejemplo, en materia contractual donde es posible traer a colación deberes que aunque no hayan sido pactados de forma explícita, se integran a las obligaciones negociadas ayudando a brindar estabilidad al negocio contractual, como por ejemplo el deber de información que aunque no sea estipulado en el contrato, puede exigirse desde la generalidad de la buena fe.

Y es que, aunque estrictamente no haya sido pactado el deber de información en el contrato, esta obligación es necesario que se cumpla, porque no hacerlo resulta deshonesto y oportunista, lo que contraría de manera flagrante el principio de buena fe.

En otras palabras, actuar de buena fe es equivalente a captar oportunidades que se salvaguardaron al firmar el contrato. La doctrina de buena fe, por lo tanto, dirige la atención a las oportunidades perdidas por una parte que ejerce mesura en la formación del contrato y a las razones de esa parte para ejercer discreción durante el desempeño. Es por esta razón que la mala fe se compara con el oportunismo.

Para identificar si el comportamiento de mala fe constituye una inobservancia de contrato¹ se debe prestar atención al hecho fortuito de que el promitente utilizó su discreción para recuperar dichas oportunidades perdidas, mientras se cumple con la redacción del contrato².

¹El desempeño objetivo de mala fe solo es capaz de modificar, crear o complementar una obligación contractual si se considera un incumplimiento de contrato. Solo sería así, si en aspectos importantes se asemeja a una violación al no cumplir con lo estipulado expresamente en el contrato.

² Burton, supra nota 18 en 378; Emily Houh, Intervenciones críticas: hacia un enfoque de igualdad expansiva de la

A menudo se espera que tales disposiciones se establezcan de buena fe. Cuando se toman tales decisiones diferidas, la parte dependiente se deja a la buena fe de la parte que tiene el control.

A su vez, la mala fe consiste en un ejercicio de discreción en el desempeño para recobrar oportunidades desatendidas en el momento en que se forma el contrato.

Algunas doctrinas legales resultan ser medios eficientes para disuadir el oportunismo, en cotejo con la opción más gravosa de autoprotección por parte de las posibles víctimas. La buena fe puede concebirse como una de esas doctrinas.³

Williamson lo describe como la búsqueda de interés personal con astucia⁴; un criterio contrario a la confianza y angostamente relacionado con la divulgación de información, con inseguridad, con lógica limitada y con promesas desconfiadas sobre la propia conducta futura del oportunista. Es un esfuerzo para obtener ganancias individuales a través de la falta de honestidad en los negocios, siendo la forma más común la divulgación de información comercializada asimétricamente por los intervinientes para su beneficio.⁵

Para entender un poco mejor, en un caso de compraventa de un inmueble en el que el vendedor omite información respecto del bien y ocasiona un perjuicio al comprador y este último

doctrina de la buena fe en el derecho contractual, 88 Cornell L. Rev. 1025-1096, 22 (2003).

³ Mackaay, supra nota 5 en 161.

⁴ LAS INSTITUCIONES ECONÓMICAS DEL CAPITALISMO: EMPRESAS, MERCADOS, CONTRATACIÓN RELACIONAL 64-67 (1985).

⁵ Oliver E. Williamson, Mercados y jerarquías, algunas consideraciones elementales, 63 am. Econ. Rev. 316-325, 317 (1973).

inicia una acción judicial, el juez debe tener en cuenta en el fallo el principio de buena fe, pues pudo comprobar que el vendedor incumplió al no informar la situación del predio, de manera oportunista y contraria a la buena fe, para recibir el predio pactado en el contrato.

Sin embargo, habiendo determinado que la buena fe ha sido origen de otros conceptos y que su definición tanto en la jurisprudencia como en la doctrina no han sido claras, para la escritora del presente trabajo, la manera más acertada para entender la buena fe es concebirla desde su opuesto, es decir desde la mala fe y en lugar de definirla en el estricto sentido de la palabra se acude a la teoría de Ejan Mackaay quien establece que ***“la buena fe objetiva puede resumirse como no aprovechar una posición contractual en situaciones que podrían prestarse a ella”***, en ese sentido la buena fe es algo contrario a la mala fe y esta última se equipara al oportunismo, por lo que finalmente buena fe es abstenerse de comportarse de manera oportunista o abstenerse de actuar de mala fe. (Mackaay, 2012)

Siguiendo la línea planteada, es necesario definir el oportunismo contractual que consiste en el aprovechamiento de la información obtenida en virtud de la suscripción de un contrato, cuando una de las partes, por ejemplo, dispone de información reservada que puede afectar negativamente a la otra parte, conociendo que el acuerdo será desventajoso para quien no cuenta con la información. (Milgrom, 1993).

En este caso, la buena fe consistiría en brindar la información a la otra parte, para que esta decida de forma libre y consiente si las condiciones contractuales le son o no favorables, es decir que en este caso la parte informada decide no aprovechar su posición contractual en su beneficio

y en perjuicio de la parte desinformada. Y allí es donde surge el deber de información a partir de la buena fe.

No cabe duda que existen variedad de conductas oportunistas que pueden surgir en cualquier relación contractual, como se pudo observar en líneas anteriores también lo es el hecho de ocultar información, así como el ejercicio de derechos del consumidor de forma oportunista, como en el caso de errores en la publicación del precio, por precio irrisorio.

Este último ejemplo introduce un tema tratado en capítulos posteriores, pero que desde aquí brinda una perspectiva de cómo el consumidor puede actuar de forma oportunista al exigir que se le sostenga el precio de un producto por un error en la publicación, aprovechando su posición contractual y las garantías que le brinda el estatuto del consumidor, aun cuando este actuar puede resultar en perjuicio de la otra parte, surgiendo en este caso un abuso del derecho.

La forma de contrarrestar este tipo de conductas provechosas, es el surgimiento de normas concretas como el deber de información y el de no abusar del derecho, las cuales limitan este actuar oportunista.

Obligación de la Buena fe de los consumidores

De acuerdo con la Superintendencia de Industria y Comercio, los consumidores tienen derechos y deberes frente a la relación, de consumo, se observan más derechos que deberes, evidenciando el desequilibrio frente a los deberes que deben manejar en dichas relaciones mercantiles, se encuentra entonces que existen deberes tales como:

- Informarse acerca de la calidad de los productos y analizar las instrucciones que para tal efecto entregue el productor o proveedor en relación con su adecuado uso, consumo, conservación e instalación
- Analizar con atención la información que se le suministre en los mensajes publicitarios
- Obrar de buena fe frente a los productores, proveedores y autoridades publicas
- Cumplir con las normas de reciclaje y manejo de desechos de bienes consumidos
- Celebrar las transacciones de bienes y servicios dentro del comercio legalmente establecido.

Se encuentra entonces en el deber numero 3 que el consumidor debe “obrar de buena fe frente a los productores, proveedores y autoridades públicas” pero no se logra evidenciar que exista dentro del Estatuto del Consumidor la posibilidad de que los consumidores que obren de mala fe, sean sancionados en su actuar, salvaguardando de esta manera los intereses particulares y patrimoniales de empresarios y proveedores que pueden verse afectados en gran manera por el actuar mal intencionado de indistintos consumidores en la cadena de consumo

Para concluir este capítulo se dirá que pese a existir estas normas específicas en el desarrollo de esta investigación, en el abuso del derecho se establecen conductas oportunistas de parte del consumidor en algunas ocasiones en diferentes relaciones contractuales permitiendo un abuso del derecho frente a la otra parte interviniente en el contrato.

Capítulo III. Derechos y deberes de los consumidores frente a los límites para el ejercicio de los mismos

El presente capítulo pretende desarrollar los deberes y los derechos de los consumidores y los límites para el ejercicio de los mismos. Esto con el fin de evitar en el consumidor el abuso de sus derechos en el ejercicio de los mismos.

Este capítulo es el resultado de la realización del tercer objetivo específico del anteproyecto de grado, al literal dice *“Establecer cuáles son los derechos y deberes de los consumidores y si existen o no las mismas condiciones para los productores y proveedores”*. En tal sentido, el capítulo se desarrolla en dos momentos:

En el primero se analizará sobre el origen de la protección del consumidor desde la concepción de la protección al mismo. En el segundo se establecen los deberes y derechos de los consumidores desde el escenario de la Ley 1480 de 2011 “Estatuto del Consumidor”

Lo anterior tiene como metodología la interpretación de textos primarios como la Constitución Política, de textos secundarios: como doctrina de diferentes tratadistas a nivel nacional e internacional, así como jurisprudencia nacional frente a los deberes y derechos de los consumidores en una relación contractual de consumo.

En el presente capítulo se abordará el siguiente orden frente a los deberes y derechos de los consumidores y el límite para el ejercicio de los mismos. Se establece entonces el origen de la protección del consumidor, la cual se visualiza desde su concepción y el antiguo estatuto del consumidor y en se verán entonces los deberes y derechos de los consumidores, permitiendo validar que se acentúan más los derechos que los deberes frente a la relación contractual con el proveedor y/o vendedor.

Origen de la protección del consumidor

La protección del consumidor tiene su origen en la Constitución Colombiana que en su artículo 78 establece que la ley regulará la calidad de los bienes y servicios ofrecidos, tema que había sido regulado a través del Decreto 3466 de 1982 (Antiguo Estatuto del Consumidor), sin embargo dicha norma al ser previa a la expedición de la Constitución empezó a ser obsoleta para regular el desarrollo de las nuevas relaciones de consumo, especialmente el comercio electrónico que había empezado a tomar un gran auge.

Ante estas circunstancias, los consumidores debían recurrir a las normas del derecho civil por no encontrar ninguna otra herramienta para reparar posibles daños, siendo necesario regular estas nuevas situaciones y en aras de estar a la par de la evolución del mercado se expidió la Ley 1480 de 2011, que representa una norma garantista de los derechos del consumidor, en cumplimiento de la obligación consagrada en el artículo 78 de la Carta Magna.

La anterior afirmación se corrobora con el artículo 1º del Estatuto del Consumidor que establece como objetivo la protección, promoción y garantía del libre ejercicio de los derechos de los consumidores, que en consonancia con la jurisprudencia constitucional se compone de varios aspectos:

"El derecho del consumidor cabe advertir, tiene carácter poliédrico. Su objeto, en efecto, incorpora pretensiones, intereses y situaciones de orden sustancial (calidad de bienes y servicios; información); de orden procesal (exigibilidad judicial de garantías; indemnización

de perjuicios por productos defectuosos; acciones de clase etc.); de orden participativo (frente a la administración pública y a los órganos reguladores). (Sentencia C-133, 2014)

En ese entendido, el anterior estatuto dejaba muchos vacíos en cuanto a una clara clasificación de los derechos de los consumidores y no establecía obligaciones o deberes para los mismos, dejando esta carga únicamente para los proveedores o productores.

Derechos y deberes de los consumidores

Al momento de expedir la Ley 1480 de 2011 fueron establecidos en el artículo 3 un compendio de doce (12) derechos de los consumidores y usuarios, dentro de los cuales se estableció el derecho a recibir productos de calidad, a la seguridad e indemnidad, a recibir información, a recibir protección contra la publicidad engañosa, derecho a la reclamación, a la protección contractual, a elegir libremente los bienes y servicios que requiera, a participar, a ser representado, a informar, a la educación y finalmente a la igualdad.

Resulta interesante que este mismo artículo solo establece tres (3) deberes, con lo cual se evidencia una desproporcionalidad entre las garantías o prerrogativas que ofrece el estatuto a los consumidores y las obligaciones que impone.

En ese sentido el consumidor está obligado a informarse, obrar de buena fe y a cumplir con las normas de reciclaje y disposición de desechos, empero la SIC en su página web incluye dos deberes más para el consumidor que consisten en analizar con atención la información que se le suministre en los mensajes publicitarios y segundo celebrar las transacciones de bienes y servicios

dentro del comercio legalmente establecido. (Superintendencia de Industria y Comercio, 2020).

No obstante, es necesario aclarar que la norma como tal no estableció estos deberes adicionales y en ese entendido no tendrían ningún valor vinculante, es decir, no será posible obligar al comprador a su cumplimiento.

Ahora bien, el Estatuto otorgó la facultad de analizar cualquier tipo de reclamación presentada por el consumidor a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), en caso de que considere que se le ha vulnerado un derecho por parte de un productor o vendedor.

Sin embargo, el hecho de establecer una entidad ante quien puede recurrir el consumidor no es la única protección que brinda el Estatuto, pues también determinó como primer mecanismo de protección para el consumidor la llamada *garantía, la cual se encuentra* definida en el artículo 5 numeral 5 así:

“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.” (Ley 1480, 2011)

De conformidad con lo anterior, la garantía constituye una obligación a cargo del proveedor de proporcionar al consumidor un producto o servicio que cumpla con ciertos estándares, so pena de entregar un nuevo producto o en su defecto proceder con el reembolso de lo pagado.

En segundo lugar, se encuentra la acción de protección al consumidor, para lo cual ante una vulneración de sus derechos el comprador debe en primera medida requerir al proveedor y si no se llega a una solución puede instaurar dicha acción ante la SIC, la cual deberá incoarse dentro del año siguiente a la compra, procedimiento que se debe realizar de conformidad con los artículos 57 y 58 del Estatuto del Consumidor.

En este sentido se puede observar que esta norma resulta mucho más garantista de los derechos de los consumidores que las normas anteriores y le otorga a la SIC funciones jurisdiccionales, facultándola para conocer de los procesos que versen sobre violación a los derechos de los consumidores, reemplazando al juez de primera o única instancia por razón de cuantía o territorio, constituyendo un gran avance, teniendo en cuenta la congestión de la jurisdicción ordinaria.

Y es que resulta relevante señalar que este nuevo Estatuto en el artículo 56 logró agrupar acciones jurisdiccionales de protección al consumidor que se encontraban dispersas en distintas normas, unas en el Decreto 3466 de 1982 referente a las indemnizaciones de perjuicios, otras en la Ley 446 de 1998 donde se establecían las acciones para hacer efectiva la garantía, así como para la cesación de publicidad engañosa y por su parte la Ley 472 de 1998 consagraba las acciones populares y de grupo.

El objeto de este Capítulo no solo es señalar los derechos del consumidor, sino establecer cuáles fueron los deberes y obligaciones impuestos por la norma, encontrando que la información constituye en esta materia un deber-derecho, pues si bien el primer obligado de

aportar la información apropiada de un producto o servicio es el proveedor, también se le impuso al comprador el deber de informarse sobre la calidad del mismo.

En este sentido, el consumidor no puede quedarse inactivo esperando que el productor sea quien le suministre toda la información, sino que debe poner todo su esfuerzo para obtener la información que le resulte conveniente.

Otro deber que fue establecido por el legislador es el de obrar de buena fe; que para ponerlo en los términos del Capítulo anterior, significaría la prohibición de aprovecharse de su posición contractual actuando de manera oportunista frente al proveedor, como puede ocurrir ante la publicación equivocada del precio de producto, por precio irrisorio.

Cabe resaltar que existen consumidores que dada su formación profesional o la experiencia en cierto negocio, poseen basto conocimiento sobre las calidades y especificaciones de un producto, situación que puede conllevar a que actúen de forma oportunista cuando evidencien que el proveedor publica el producto a un precio considerablemente inferior al valor que normalmente se encuentra en el mercado. O incluso, puede ocurrir que se trate de un proveedor inexperto que se enfrenta ante un consumidor versado, lo que desemboca en una relación asimétrica entre empresario y comprador en la que este último no resulta ser en ningún sentido la parte menos informada de la operación y mucho menos la parte débil.

En ese sentido, si bien la Ley 1480 de 2011 se trata de un Estatuto del Consumidor diseñado para la defensa y garantía del mismo, lo cierto es que aunque existen unas obligaciones a su

cargo la exigibilidad de las mismas es un asunto que no tiene un procedimiento, pues se reitera, las acciones estan diseñadas para la defensa del consumidor contra el proveedor.

Sobre este particular resulta interesante que la norma consagra todo un procedimiento para que el consumidor haga valer sus derechos, pero en cuanto a la observancia de los deberes, el proveedor o productor solo podrá alegar su incumplimiento como defensa a las acciones que haya iniciado el consumidor.

Avanzando en el estudio de la norma, al analizar las consecuencias para los proveedores o productores por la vulneracion de los derechos del consumidor se contemplan sanciones en el artículo 61 que pueden ascender hasta dos mil salarios mínimos mensuales legales y de igual forma la SIC puede ordenar el cierre temporal o incluso definitivo del establecimiento.

A este respecto, en el informe de rendición de cuentas de agosto de 2018 a julio de 2019, la SIC señaló que fueron impuestas multas que ascienden a \$11.171.814.000 por violación al régimen de protección al consumidor, puntualizando que las conductas más sancionadas fueron:

“i) Publicidad engañosa y protección contractual; (ii) Información y publicidad engañosa; (iii) Inobservancia de órdenes e instrucciones impartidas por esta autoridad. En el citado período, se sancionaron 23 sectores de la economía; multas que se agrupan principalmente en venta en almacenes, turismo y sector inmobiliario.” (Superintendencia de Industria y Comercio, 2018-2019)

De igual forma, indica que, en el año 2019, que fueron impuestas multas a empresas de telecomunicaciones y postales que ascienden a un valor \$28.336.972.546, por violación a los regímenes de protección de los usuarios de servicios de telecomunicaciones y postales. Es decir, todas las sanciones que fueron objeto de este informe son hacia proveedores, ya sea personas naturales o jurídicas.

Es decir que las consecuencias para el incumplimiento de los deberes de los consumidores solo serán aplicadas si este mismo inicia la acción de protección al consumidor y si el juez logra determinar que el actuar del comprador no se ajusta a los postulados de buena fe, dejando al proveedor siempre como la parte pasiva, sin que pueda éste iniciar las acciones correspondientes cuando se evidencie una falta a los deberes de los consumidores, como por ejemplo el actuar oportunista del consumidor.

En la rendición de cuentas de la Superintendencia 2018-2019, en ningún ítem fue analizado el incumplimiento de los deberes del consumidor o se cuantificó alguna condena por temeridad, siendo todas las multas aplicadas a proveedores por vulneración de los derechos del consumidor, aclarando que para este estudio también se evaluó el informe de rendición de cuentas de 2016-2017, sin evidenciar multa alguna a consumidores por un actuar temeroso. (Superintendencia de Industria y Comercio, 2016-2017)

Así las cosas, aunque se entiende que el objetivo del Estatuto del Consumidor es establecer garantías y prerrogativas para los consumidores, resulta desproporcionado considerar que el comprador en sus prácticas en el mercado nunca actuará de manera contraria a los lineamientos

establecidos en la norma y contrario sensu pensar que siempre el proveedor realizará actos contrarios y vulneratorios de los derechos del consumidor.

En ese sentido y después del análisis efectuado, es dable establecer que las prerrogativas otorgadas por la Ley 1480 de 2011, como por ejemplo la garantía del producto y el deber de información, entre otros, han permitido que el consumidor no actúe bajo el deber de la buena fe frente a los derechos del proveedor o productor, puesto que después de estudiar el compendio de derechos de los consumidores, se evidencia que las únicas limitantes al ejercicio de estos derechos tienen estricta relación con los deberes impuestos por el legislador, especialmente el de la buena fe, porque solo en virtud del incumplimiento de este postulado es que sería posible endilgar una consecuencia al consumidor.

Y es que en efecto la norma no consagró en primera medida una acción que pueda iniciar el proveedor cuando el consumidor desconoce sus deberes o haga un ejercicio desproporcionado de sus derechos, porque dentro de los principios que fundamentan el estatuto no se estableció como un deber del consumidor no abusar de sus derechos.

Se podría concluir del presente capítulo que la ley del estatuto del consumidor, no sopesa por ejemplo, las consecuencias adversas para los proveedores o productores en casos en que por error involuntario publiquen mal el precio (precio irrisorio) o al permitir el legislador el derecho de retracto, temas que más adelante se estudiarán, pero que se le adelanta al lector han sido objeto de estudio por parte de la SIC y se ha encontrado un ejercicio abusivo de los derechos del consumidor, sin evidenciar derechos bastos o suficientes para el proveedor o productor frente a

estos acontecimientos, razón por la cual en el Capítulo siguiente se mostrará un ejercicio de análisis de providencias emitidas por la Superintendencia al respecto.

Capítulo IV. Análisis de la jurisprudencia de las Altas Cortes y de la Superintendencia de Industria y Comercio

El presente capítulo pretende desarrollar el análisis jurisprudencial de las altas cortes y de la Superintendencia de Industria y Comercio. Esto con el fin de validar la información existente frente a los capítulos anteriores en la doctrina y la jurisprudencia.

Este capítulo es el resultado de la realización del cuarto objetivo específico que establece dice *“Análisis de la jurisprudencia de las altas cortes y de la superintendencia de industria y comercio”*. En tal sentido, el capítulo se desarrolla en dos momentos:

En el primero se analiza toda la jurisprudencia encontrada de las altas cortes frente el tema puntual de la responsabilidad de los consumidores frente a relaciones de consumo en diferentes áreas y el segundo en la normatividad de la Superintendencia de Industria y Comercio frente al mismo tema.

En el presente capítulo se abordará el siguiente orden frente al Análisis de la jurisprudencia de las altas cortes se revisarán así: Corte Constitucional, Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativa y Corte Suprema de Justicia, finalmente se revisa la doctrina e información interna que maneja la superintendencia, permitiendo dilucidar, si existe o no

sancione por abuso del derecho de parte del consumidor en las relaciones contractuales de consumo.

Con el fin de realizar una búsqueda completa acerca de la jurisprudencia de las altas cortes frente a la protección al consumidor, se indaga acerca de las normas y precedentes jurisprudenciales promulgados antes de la Ley 1480 de 2011 “Estatuto de Protección al Consumidor”, para lograr evidenciar de que manera se salvaguardaba la protección al consumidor y si es posible determinar posibles abusos del derecho desde el consumidor hacia el vendedor.

Se inicia con las jurisprudencias de la Corte Constitucional, en las cuales se evidencia una salvaguarda jurisprudencial al consumidor en su accionar y como parte inferior frente a la relación contractual de consumo, así:

En la sentencia C-1141/2000 Mg. Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz se estableció:

“La Constitución ordena la existencia de un campo de protección en favor del consumidor, inspirado en el propósito de restablecer su igualdad frente a los productores y distribuidores, dada la asimetría real en que se desenvuelve la persona que acude al mercado en pos de la satisfacción de sus necesidades humanas. Sin embargo, la Constitución no entra a determinar los supuestos específicos de protección, tema este que se desarrolla a través del ordenamiento jurídico. El programa de protección, principalmente, se determina a partir de la ley, los reglamentos y el contrato. Es claro que la fuente contractual debe interpretarse de conformidad con los principios tuitivos del consumidor plasmados en la Constitución”

La Corte constitucional declarará la exequibilidad de las disposiciones demandadas bajo el entendido de que ellas se interpreten en el sentido de que el consumidor o usuario puede de manera directa exigir del productor el cumplimiento de las garantías de calidad y el pago de los perjuicios por concepto de los daños derivados de los productos y servicios defectuosos.

Entiéndase entonces que la corte Constitucional salvaguarda la integridad del consumidor desde la garantía de calidad y pago de perjuicios y daños derivados de productos defectuosos en la relación contractual de consumo

Continuamos con la Sentencia C – 973/2002 Mg. Ponente Álvaro Tafur Galvis que dispuso:

“La Constitución de 1991, en el primer inciso del artículo 78 estableció el deber que tienen los productores y comercializadores de bienes y servicios de responder por los atentados que, en ejercicio de su actividad dentro del proceso productivo, cometan contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. Es decir que esa obligación de responder por los daños ocasionados a los consumidores y usuarios proviene directamente de la Constitución y, por ende, se configura como una responsabilidad especial y propia al régimen que les es aplicable. (...) Así ha dicho la Corte que “Las condiciones de calidad e idoneidad son las que establece el propio productor o son las que obligatoriamente se imponen a éste. El control del proceso de producción y el diseño del bien o del servicio, incumben de manera directa al productor profesional. El productor obtiene su ganancia por su

papel en el proceso de producción y, como contrapartida, asume los riesgos derivados de la misma”.

“Dentro del esquema ideado por el Constituyente para responder a la asimetría del mercado en el que el consumidor o usuario se encuentra en situación de desventaja y en el que en lo que atañe a la conformación de los elementos de protección del derecho del consumidor (...) consiste en determinar los procedimientos más idóneos para hacer efectiva la responsabilidad del productor de bienes y servicios, la posibilidad de que dicho productor se exonere de responsabilidad por el hecho de un tercero ligado a él mediante relación de trabajo o contractual de cualquier clase, resulta totalmente contraria al cometido a que se ha hecho referencia. Para la Corte, como ya se señaló, dentro de las causales de exoneración que se señalan en la norma acusada, cabe diferenciar aquellas que se refieren a situaciones que se encuentran así sea de manera indirecta en la órbita de acción del productor (Como cuando el daño sobreviene como resultado de un caso fortuito generado por el productor o por el hecho de un tercero ligado a él mediante relación de trabajo o contractual de cualquier clase), de aquellas que escapan totalmente a su intervención (Como sucede en el caso de la fuerza mayor, al caso fortuito no sobrevenido por culpa del productor, al uso indebido del bien o servicio por parte del afectado, o el hecho de un tercero no ligado al productor de ninguna manera)”.

Se observa con esta sentencia que lo que busca la jurisprudencia es condenar al productor por cualquier irregularidad suscitada, teniendo solamente como excepción la posibilidad de que exonerarse de la culpa, solo si ha sido por fuerza mayor o uso indebido del bien, circunstancia que en caso de probarse y demostrar un mal uso y una reclamación del consumidor se consideraría como un accionar abusivo del derecho de parte del consumidor.

Se continua con la jurisprudencia del Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, en la que se evidencia la inobservancia de los productores o vendedores frente a la protección al consumidor.

En sentencia Exp. 4033 de 1996. Mg Ponente Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz se expreso:

“(...) consagra la responsabilidad de los productores por mala o deficiente calidad o idoneidad en los bienes y servicios. Pero, como en este caso, conforme se desprende del dictamen pericial antes mencionado, la mala o deficiente calidad o idoneidad de los bienes no provino de la sociedad actora sino, en parte de la calidad del terreno y en parte de la culpa de los mismos usuarios de los apartamentos, era del caso dar aplicación al artículo 26 ibidem el cual prevé como causales de exoneración de la responsabilidad, entre otras, la fuerza mayor y el uso indebido del bien por parte del afectado”.

Es dable aseverar que conforme lo establece la jurisprudencia en este caso la protección al consumidor se vio salvaguardada en el productor, toda vez que la reclamación del consumidor no tiene asidero ya que se le había dado un uso indebido al bien por parte del consumidor, configurando de este modo un abuso del derecho.

Frente a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, quien, en sentencia debatida frente a un contrato de leasing, demuestra el abuso del derecho por parte del consumidor.

En Sala de Casación Civil Mg. Ponente Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo Sentencia Expediente 6264 de 2002 dispuso:

“...Ahora bien, es cierto que frente al contrato que celebran el proveedor y la sociedad de leasing, el usuario es un tercero, dado que no interviene, en estrictez, como parte en la operación a través de la cual se radica el dominio en cabeza de la última, como ya se reseñó. Sin embargo, por esa sola circunstancia, no se puede descartar apriorísticamente su legitimación para reclamarle al proveedor por los defectos de calidad y por los vicios ocultos que presente o experimente la cosa, pues ella, en un plano teórico, que el caso presente no demanda, estaría llamada a surgir de la cesión o transferencia convencional que, de esas acciones en particular, hiciera la compañía de leasing a favor del usuario en el contrato. Expresado de otro modo, así como es tolerada en el contrato que ocupa la atención de la Corte - que no en todas las demás modalidades- la exclusión de responsabilidad de la compañía de leasing por los defectos de calidad y por los vicios redhibitorios -como se examinó -, igualmente resultaría plausible, así como a tono con lo señalado en líneas que anteceden, la estipulación de cesión a favor del tomador, de los derechos que tiene dicha sociedad frente al proveedor, en relación con tales vicisitudes. Así se preservarían incólumes y se harían efectivos, los grandilocuentes principios de equilibrio negocial y equidad contractual, de forma tal que la exoneración -o ausencia- de responsabilidad de la compañía de leasing, en el tópico que se analiza, estaría ligada -correlativamente e in abstracto- a la transferencia al tenedor, en forma coetánea al negocio jurídico de leasing, o con posterioridad a él, de los derechos y acciones que ésta tiene -como adquirente contra el proveedor o productor, derivados de la infracción de la garantía o de la obligación de saneamiento por vicios ocultos, con el confesado propósito de

que el tomador no quedare negociablemente desprotegido y pudiera válidamente legitimarse en las reclamaciones que le formule a aquellos...”.

Se evidencia entonces con las sentencias consultadas que se protegía en gran medida los derechos de los consumidores desde antes de la promulgación de la Ley 1480 de 2011 “Estatuto de Consumidor”, no obstante, lo anterior, no es visible en estos fallos encontrar la existencia de un abuso del derecho por parte del consumidor, lo que podría presumir que las conductas oportunistas se vienen presentando con mayor frecuencia después la promulgación de la ley 1480 de 2011.

Se procede a revisar la jurisprudencia de la SIC, ya que es de relevancia para esta investigación señalar que la jurisprudencia de la Superintendencia de Industria y Comercio no ha realizado un estudio minucioso del abuso del derecho, puesto que al consultar sus plataformas de búsqueda solo fue posible encontrar una sentencia en la que hace referencia explícita a dicha figura, sin embargo, el abuso del derecho ha sido objeto de estudio en revistas de derecho y en varios trabajos investigativos, en los que se han analizado algunas sentencias de la SIC en las que se aborda el ejercicio de derechos por parte de los consumidores, que a la luz de sus trabajos investigativos resultan en abuso del derecho y con las cuales se puede evidenciar el criterio que ha mantenido el fallador en beneficio del consumidor, aun cuando se constituya un gran perjuicio para el proveedor.

Por lo anterior, en primera medida se analizan los estudios realizados por otros investigadores y finalmente el análisis en la sentencia emitida por la SIC en el año 2019, que resulta de especial

interés para este estudio pues plantea un cambio de precedente respecto de las decisiones de dicha entidad.

En cuanto al precio irrisorio, en la tesis de maestría presentada por Valentina Candamil de la Universidad Pontificia Javeriana, se hace un análisis del abuso del derecho del consumidor en casos en que el precio publicado es irrisorio, en este sentido, se traen a colación dos providencias de la Superintendencia de Industria y Comercio en las que a pesar de que el precio publicado resulta desproporcionado con el verdadero valor del bien ofertado y corresponde a un error en las publicaciones, la SIC ordena la entrega del producto por el precio publicado. (Candamil Buriticá, 2019)

La primera providencia es la No. 2382 del 19 de febrero de 2018, que versa sobre una publicación de Cencosud Colombia S. A, que a través de su página web ofertó un combo de un celular y un Xbox con la siguiente descripción “*SAMSUNG GALAXY S7 EDGE \$49.900 LLEVATE UN XBOX ONE REFURBISHED. Ahorra hasta \$950.104*”.

La demandante señalaba que, al tratar de hacer el pago de tres de estos combos, que de conformidad con la publicación debían ser por un valor total de \$149.700 más el dinero que debía pagar por el envío de los productos arrojaban un valor de \$10.799.400.

A este respecto, señala la SIC que la información brindada por el demandado resulta inexacta, razón por la que ordena entregarle a la demandante el combo ofertado e incluso en otras providencias (2017-192504 y 2017-197248) con mismo sustento fáctico, la SIC ordena en todas

estas, la entrega del producto pese a que su valor era superior al ofertado y se trataba de un error en la publicidad.

La segunda providencia es la No. 8699 del 09 de julio de 2018, en la que se estudia el caso de la tienda Panamericana, que realiza una publicación en la que ofrece la compra de dos celulares por un valor de \$220.663 más el costo de envío, a lo cual el demandante realiza la compra, sin embargo, la demandada posteriormente a través de correo electrónico le indica al comprador que existía un error en la publicación, cancelando la compra.

En este caso la SIC ordena al demandado hacer la entrega de un celular y a rembolsar el valor depositado.

Finalmente, en la investigación estudiada por Candamil, señala que debido a los precedentes en ese asunto, en varios procesos los vendedores deciden entregar los productos en etapa conciliatoria señalando: *“Para finalizar, se pueden encontrar los siguientes procesos con numero de radicado: 18-72255, 18-72276; 18-72372; 18-73538; 18-76430; 18-75069; 18-80553; 18-87702; 18-87716; 18-89103; 18-87716, donde el empresario prefiere entregar el bien en la audiencia de conciliación para evitar sanciones mayores dado el exorbitante proteccionismo hacia el consumidor.”*

Sobre este aspecto, concluye la autora que las providencias emanadas de la SIC resultan desproporcionadas y contrarias a los derechos del empresario, pues en dichas sentencias el criterio del fallador es condenar a las empresas por no suministrar información veraz, sin medir o

sopesar el deber de información de cara a la prohibición de abuso del derecho que es de rango constitucional. (Candamil Buriticá, 2019)

Otro tema abordado doctrinariamente es el derecho de retracto, para el cual, la revista de Derecho y Economía publicó un artículo de los abogados Camilo Pabón Almanza y Andrea Mora Ramírez, documento en el que hacen un estudio sobre los límites al ejercicio abusivo del derecho de retracto.

En dicho estudio, si bien no se hace un análisis detallado de las sentencias de la SIC si se refieren este tipo de providencias, indicando que mientras en otros países se excluye del derecho de retracto los tiquetes aéreos, el estado colombiano contrario a esta postura ha condenado a aerolíneas como en el caso de LAN Colombia Airlines S.A., mediante sentencia del 23 de enero de 2014, con radicado No. 2013-214442.

A este respecto los autores relatan: “ *Si eso fuera poco, el mensaje explícito que se ha enviado al mercado por los conceptos de la SIC y la prensa de nuestro país, es que “todo consumidor, por regla general, tiene derecho a retractarse de una compra de bienes o servicios realizada por internet”*, invitándolos a la irresponsabilidad en las compras online y además, con el respaldo de una autoridad que está dispuesta a proteger el ejercicio abusivo del retracto para todas esas compras sin exigirle ningún respeto por los límites constitucionales . (Pabón & Mora, 2014)

Concluyen los autores, señalando que el derecho de retracto constituye un uso abusivo del consumidor, pues permite que el comprador desconozca sus obligaciones afectando los derechos

ajenos, en este caso del vendedor que se verá en la obligación de devolver los depósitos realizados, lo que genera una cultura de “compro y devuelvo si encuentro una mejor oferta”.

Del estudio realizado hasta aquí, se observa que la posición de la SIC se ha mantenido en un garantismo hacia el consumidor, sin embargo, en febrero de 2019 la entidad cambia de criterio en la sentencia No. 00001518, que se explicará en líneas posteriores.

En el caso *sub examine*, de un concesionario llamado Auto américa, que a través de su página web publica el 04 de enero de 2017 en venta una Camioneta Toyota Hilux, cuyo precio en lista era de \$142.400.000 pero en la publicación tenía un valor de venta de \$9.100.000.

El demandante solicita cotización del vehículo, la cual es remitida con el precio de la publicación errada, es decir \$9.100.000, adicionándole costos de matrícula, impuestos, entre otros, pero sin variación del precio del vehículo, por lo cual, el comprador se contacta con el concesionario para efectuar el pago y hace el depósito del dinero.

Posteriormente recibe llamada de la gerente de ventas de Autoamérica que le señala que no puede dar cumplimiento a dicha cotización, pues se trataba de un error en la publicación del precio del vehículo, ante esta situación el comprador decide iniciar la respectiva acción jurisdiccional.

En este caso la demandada Autoamérica S.A. en la contestación alega como excepción el abuso del derecho del consumidor, toda vez que el comprador exige que se respete el precio

publicado para un vehículo automotor, precio que resulta desproporcionado al valor de dicha camioneta en el mercado.

La sentencia citada mantiene la posición adoptada por la SIC, en dos sentidos; por un lado, la vulneración de los derechos del consumidor a la información y la elección cuando le es suministrada información errónea de los precios de los productos, pero varía su criterio, al señalar que no puede ordenársele al demandado mantener el precio anunciado cuando el error del precio es notorio a los ojos del consumidor medio.

Esta sentencia cobra especial interés para esta investigación, pues en la misma el Despacho decide apartarse del precedente con fundamento en el siguiente argumento:

“Se considera que la interpretación que se ha sostenido respecto de las normas del Estatuto del Consumidor y que ha servido de fundamento para las providencias antecedentes no puede ser mantenida, pues cuando el error en el precio es de una desproporción que lo hace notorio o evidente para un consumidor medio, la vulneración de su derecho no tiene la misma magnitud. En esos casos, si bien se la ha privado al sujeto protegido de los elementos de juicio necesarios para ejercer correctamente su derecho a una elección razonada, no es menos cierto que la expectativa tutelable no corresponde a la de la adquisición del bien por un precio del que necesariamente conoce, corresponde a un error en el ofrecimiento. Así pues, insistir en que en estos casos el empresario debe respetar el precio ofertado, además de desatender la finalidad tuitiva de las normas de protección al consumidor (art. 78 C.P.C), estaría en contravía de valores constitucionales tales como la buena fe (art. 83 C.P.C), la prohibición del

abuso del derecho (núm. 1º, art. 95 C.P.C) y el principio de la solidaridad (núm. 2º, art. 95 C.P.C)” (Sentencia No. 00001518, 2019)

De conformidad con los argumentos esbozados por la SIC en dicha providencia se estaría primero reconociendo que el criterio utilizado en otras providencias no es acorde con las normas superiores, razón por la cual el fallador decide apartarse de este precedente y en segundo lugar, es interesante la decisión del fallador, pues si bien decide que el demandando no deberá hacer entrega del vehículo por el valor publicado, es decir por \$9.100.000, si decide continuar con un criterio proteccionista del consumidor, al ordenar que el vehículo sea ofertado por \$99.000.000 pese a que el valor comercial, es aproximadamente de \$142.400.000 de conformidad con lo señalado por el demandado.

Así las cosas, la aplicación de los preceptos consignados en el Estatuto del Consumidor en ocasiones resultan contrarios a principios constitucionales como la buena fe y el abuso del derecho y es a la luz de la Constitución y sus principios que deberá analizarse la aplicación de los derechos del consumidor consagrados en la Ley 1480 de 2011.

No hay certeza si en virtud de esta providencia la SIC decida cambiar su postura a una más acorde con los postulados constitucionales o prosiga con una protección desbordada hacia el consumidor, lo cual continuará generando abuso del derecho y por ende una contradicción entre un principio constitucional como es el respeto de los derechos ajenos y no abusar de los propios, y una norma que regula los derechos de los consumidores.

Se realizó el día 08 de septiembre del año en curso, una consulta en modalidad de derecho de petición a la SIC, con el fin de obtener un concepto frente a los postulados del abuso del derecho de parte del consumidor:

A lo que el 28 de septiembre la Superintendente delegada para asuntos jurisdiccionales, remite a la Jefe Oficina Asesora Jurídica la siguiente respuesta:

Respetada Doctora: En atención a su comunicación radicada bajo el número del asunto, en la cual solicita el apoyo para responder la solicitud radicada en su dependencia, **en lo que respecta a la primera pregunta, en relación con el abuso del derecho por parte del consumidor en los contratos de consumo, informo que una vez revisadas las bases de datos, se observa que ninguno se ha abordado el abuso del derecho,** lo más aproximado ha sido acerca de la temeridad del consumidor, en los casos 13- 215278, 16-399247 y el radicado 17-295251. (...)

(negrillas fuera de texto)

En conclusión, en el transcurso del presente escrito se evidencia que el legislador al expedir el Estatuto protegió al consumidor como parte de la relación contractual de consumo, por lo que la Superintendencia a través de su jurisprudencia, debe optar por criterios proporcionales que estén en armonía con la normativa constitucional.

V. Conclusiones

Finalmente, se evidencia dentro del trabajo que el consumidor en la relación de consumo es la parte favorecida de la cadena de valor, salvaguardada con la Ley 1480 de 2011 “Estatuto del Consumidor”, dejando de lado al productor y/o proveedor como parte vulnerable en actos de abuso del derecho ejercidas por el consumidor, lo cual se ve reflejado en pronunciamientos de la Superintendencia de Industria y Comercio en donde el consumidor ejerciendo su posición dominante se vale del empresario para adquirir por ejemplo un bien a un precio irrisorio o generando un retracto con efectos ex tunc, causando vulneraciones al vendedor.

Ahora bien, en el estudio del Estatuto del Consumidor, se logró evidenciar que la norma estableció una serie de garantías o prerrogativas a favor del consumidor frente al posible abuso de su contraparte, sin embargo, no se previó dentro del articulado una prohibición expresa del abuso del derecho del consumidor. En ese entendido, la aplicación de las normas de consumo no puede conllevar a una sobreprotección del consumidor que va más allá de lo normado, puesto que la elevación de la protección al comprador no puede ir en deterioro del vendedor, ya que esto significaría una intervención indebida en el curso regular del mercado.

En conclusión, los derechos no pueden concebirse como absolutos, pues tienen establecidos sus límites en las restricciones que la norma señala y es por ello que la mejor interpretación que puede darse de los derechos del consumidor debe ser en concordancia con las normas superiores. Un avance de ello es la sentencia de la SIC emitida en febrero de 2019, evidenciando un cambio de postura por parte de esta entidad que busca la armonía entre los derechos de los consumidores consagrados en el Estatuto y los principios constitucionales.

En este entendido debe tenerse en cuenta que el abuso del derecho en Colombia no solo se encuentra consagrado en la ley, sino que es considerado por la Corte Constitucional como un principio general del derecho y al haberse establecido dentro de la Carta Política este postulado es de aplicación inmediata, razón por la cual, pese a que el Estatuto del Consumidor no estableció dentro de su articulado este principio, los jueces y la SIC en su función jurisdiccional deben fundamentar sus decisiones en concordancia con él.

Referencias

Auto, C.P: Ligia Lopez Diaz (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Seccion Cuarta 15 de Julio de 2004).

Candamil Buriticá, V. (19 de Septiembre de 2019). Abuso del derecho por parte del consumidor ante situaciones donde el precio publicado es irrisorio. *Tesis de Maestria*. Cali, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana de Cali.

Castresana, A. (1991). *Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho*. Tecnos. Código Civil Colombiano. (1873). *Ley 84 de 1873*. Colombia.

Código Civil Español (24 de Julio de 1889).

Código Civil Francés. (21 de marzo de 1804). Francia.

Código de Comercio (Decreto 410 1971).

Constitucion Política de Colombia (1991).

Cuentas Ormachea, E. (1997). El abuso del Derecho. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Catolica del Perú*, 463-484.

De los Mozos, J. L. (1965). *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones practicas en el derecho civil español*. . Barcelona.

Decreto 410 . (1971). *Código de Comercio*. Colombia.

Fueyo, L. F. (1990). *Instituciones de Derecho Civil Moderno*. Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile.

Hinestrosa, F. (2000). De los principios generales del derecho a los principios generales del contrato. *Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia*, 13.

Isler Soto, E. (2011). La relatividad de los derechos subjetivos de los consumidores. *Revista de Derecho Valdivia*, 65-89.

Ley 1480, Estatuto del Consumidor (12 de Octubre de 2011).

Ley 222 (20 de Diciembre de 1995).

Ley 256 (18 de Enero de 1996).

Lluis y Navas, J. (2013). *El abuso de derecho segun la doctrina y la jurisprudencia*. Argentina.

Mackaay, E. (2012). Good Faith in Civil Law Systems: a legal-economic analysis. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 149-177.

Mayordomo, D. J. (s.f.). Hermeneutica de la teoria del abuso del derecho. *Universidad Nacional del Litoral*, 35-53.

Milgrom, P. y. (1993). *Economia, Organización y Gestión de la Empresa*. Ariel Economia.

Neme, M. L. (2006). El principio de buena fe en materia contractual en el sistema juridico colombiano. *Revista de Derecho Privado Externado*, 79-125.

Neme, Martha Lucia. (2009). Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equivocos a los que conduce la falta de claridad en la distincion de tales conceptos. *Revista de Derecho Privado Externado*, 45-76.

Novak, F. (1997). Los principios generales del derecho: la buena fe y el abuso del derecho. *Agenda Internacional* , (págs. 109-134). Perú.

Obando Blanco, R. (7 de Noviembre de 2017). Principios Generales: El abuso del derecho y la buena fe. *El peruano*, págs. 6-7.

Ordoqui Castilla, G. (2010). *Abuso del derecho*. Grupo Editorial Ibañez.

Pabón, C., & Mora, A. (2014). Limites al ejercicio abusivo del derecho de retracto: Inconstitucionalidad en la sobreprotección del consumidor. *CON-TEXTO Revista de derecho y economia.*, 67-86.

Real Academia Española. (06 de Junio de 2020). Obtenido de <https://www.rae.es/>

Real Academia Española. (s.f.). *Real Academia Española*. Obtenido de <https://dle.rae.es/fe#AlvDDm2>

Santos Ballesteros, J. (1973). *El abuso del Derecho*. Bogotá: Universidad Javeriana.

Schopf, A. (2018). La buena fe contractual como norma jurídica. *Revista Chilena de derecho privado*.

Sentencia, M.P: Juan Francisco Mujica (Corte Suprema de Justicia 05 de Agosto de 1937).

Sentencia, C.P: Martha Teresa Briceño de Valencia (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta 12 de Febrero de 2010).

Sentencia C-1194, M.P. Rodrigo Escobar Gil (Corte Constitucional 03 de Diciembre de 2008).

Sentencia C-133, M.P: Alberto Rojas Rios (Corte Constitucional 11 de Marzo de 2014).

Sentencia C-258, M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub (Corte Constitucional 07 de Mayo de 2013).
Sentencia C-544 (Corte Constitucional 01 de Diciembre de 1994).

Sentencia C-556, Sala Plena (Corte Constitucional 15 de Octubre de 1992).

Sentencia Exp 6146, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil 02 de Agosto de 2001).

Sentencia Exp 6499, M.P: Jorge Santos Ballesteros (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 1 de Abril de 2003).

Sentencia Exp. 5372, M.P: Jorge Antonio Castillo Rúgeles (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria 09 de Agosto de 2000).

Sentencia SU-631, M.P: Gloria Stella Ortiz Delgado (Corte Constitucional 12 de Octubre de 2017).

Sentencia T-094, M.P: Alvaro Tafur Galvis (Corte Constitucional 02 de Febrero de 2000).

Sentencia T-487, M.P. Alejandro Martínez Caballero (Corte Constitucional 11 de Agosto de 1992).

Sentencia T-511, M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz (Corte Constitucional 08 de Noviembre de 1993).

Setencia T-017, M.P: Jose Gregorio Hernandez (Corte Constitucional 30 de Enero de 1995).

Superintendencia de Industria y Comercio. (2016-2017). *Informe de rendición de cuentas a la ciudadanía*. Bogotá.

Superintendencia de Industria y Comercio. (2018-2019). *Informe de rendición de cuentas a la ciudadanía*. Bogotá.

Superintendencia de Industria y Comercio. (10 de Junio de 2020). Obtenido de <https://www.sic.gov.co/deberes-y-derechos-como-consumidor>

Terrazas Ponce, J. D. (2010). *Abuso del derecho. Definiciones en torno a su origen*. Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile.

Valencia Zea, A. (1998). *Derecho Civil de las Obligaciones (Tomo III)*. Bogotá: Temis.

Ejan Mackaay, Good Faith in Civil Law Systems: a Legal-Economic Analysis, 18 Rev. Chil. Derecho Priv. 149-177, 154 (2012).

Robert S. Summers, "Buena fe" en la Ley General de Contratos y las Disposiciones de Venta del Código Comercial Uniforme, 54 Va. Law Rev. 195–267, 198 (1968).

TRANS-LEX, Principio no. YO . 1) 1 - Buena fe y trato justo en el comercio internacional www.trans-lex.org/901000 (2019), www.trans-lex.org/901000

Timothy J. Muris, Comportamiento oportunista y la ley de contratos, 65 Minn. L. Rev. 521 – 590, 566 (1980).

Carné de identidad. en 373.Burton, supra nota 18 en 378; Emily Houh, Intervenciones críticas: hacia un enfoque de igualdad expansiva de la doctrina de la buena fe en el derecho contractual, 88 Cornell L. Rev. 1025-1096, 22 (2003).

Mackaay, supra nota 5 en 161.LAS INSTITUCIONES ECONÓMICAS DEL CAPITALISMO: EMPRESAS, MERCADOS, CONTRATACIÓN RELACIONAL 64-67 (1985).

Oliver E. Williamson, Mercados y jerarquías, algunas consideraciones elementales, 63 am. Econ. Rev. 316-325, 317 (1973).

Oficio remitido a la Superintendencia de Industria y Comercio SIC. Radicado No. 21-361880- - 00000-000, Asunto Derecho de Petición “Concepto”

ANEXO 1 Respuesta Oficio SIC

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RAD: 21-361880-4-0 FECHA: 2021-09-28 10:26:14
TRA: 317 DP-PETICION EVE: 0 SINEVENTO
ACT: 451 RESPTAREQUERIM FOLIOS: 1
ORI: 4000 DES.ASUNJURISDICC DES: 10 OFICINAJURIDICA

MEMORANDO

4000

Para **ROCÍO SOACHA PEDRAZA**
 JEFE OFICINA ASESORA JURÍDICA

De **SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA ASUNTOS**
 JURISDICCIONALES

Asunto: Radicación: 21-361880- -4-0
 Trámite: 317
 Evento: 0
 Actuación: 451
 Folios: 1

Respetada Doctora:

En atención a su comunicación radicada bajo el número del asunto, en la cual solicita el apoyo para responder la solicitud radicada en su dependencia, en lo que respecta a la primera pregunta, en relación con el abuso del derecho por parte del consumidor en los contratos de consumo, informo que una vez revisadas las bases de datos, se observa que ninguno se ha abordado el abuso del derecho, lo más aproximado ha sido acerca de la temeridad del consumidor, en los casos 13-215278, 16-399247 y el radicado 17-295251.

De acuerdo a lo anterior se da por contestada su solicitud, no sin antes mencionarle que en caso de requerir mayor información con gusto será suministrada.

Atentamente,

CAROLINA ESTRELLA BOLAÑOS

Este documento fue firmado electrónicamente
desde el Sistema de Trámites Código: 1438069752

Elaboró: MAYRA CONSTANZA GUERRA RAMIREZ
Revisó: Carolina Estrella Bolaños
Aprobó: Carolina Estrella Bolaños

Señor ciudadano, para hacer seguimiento a su solicitud, la entidad le ofrece los siguientes canales:
www.ic.gov.co - Teléfono en Bogotá: 5922400 - Línea gratuita a nivel nacional: 01800091045
Dirección: Cra. 13 # 27 - 00 pisos 1, 3, 4, 5, 6, 7 y 10, Bogotá D.C. - Colombia
Teléfono: (571) 5870000 - e-mail: contactenos@sic.gov.co

 Nuestro aporte es fundamental,
al usar menos papel contribuimos con el medio ambiente

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RAD: 21-361880-4-0 FECHA: 2021-09-28 10:26:14
TRA: 317 DP-PETICION EVE: 0 SINEVENTO
ACT: 451 RESPAREQUERIM FOLIOS: 1
ORI: 4000 DESASUNJURISDICC DES: 10 OFICINAJURIDICA

MEMORANDO

4000

Para **ROCÍO SOACHA PEDRAZA**
 JEFE OFICINA ASESORA JURÍDICA

De **SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA ASUNTOS**
 JURISDICCIONALES

Asunto: Radicación: 21-361880-4-0
 Trámite: 317
 Evento: 0
 Actuación: 451
 Folios: 1

Respetada Doctora:

En atención a su comunicación radicada bajo el número del asunto, en la cual solicita el apoyo para responder la solicitud radicada en su dependencia, en lo que respecta a la primera pregunta, en relación con el abuso del derecho por parte del consumidor en los contratos de consumo, informo que una vez revisadas las bases de datos, se observa que ninguno se ha abordado el abuso del derecho, lo más aproximado ha sido acerca de la temeridad del consumidor, en los casos 13-215278, 16-399247 y el radicado 17-295251.

De acuerdo a lo anterior se da por contestada su solicitud, no sin antes mencionarle que en caso de requerir mayor información con gusto será suministrada.

Atentamente,

CAROLINA ESTRELLA BOLAÑOS

Este documento fue firmado electrónicamente
desde el Sistema de Trámites Código: 1438069752

Elaboró: MAYRA CONSTANZA GUERRA RAMIREZ
Revisó: Carolina Estrella Bolaños
Aprobó: Carolina Estrella Bolaños

Señor ciudadano, para hacer seguimiento a su solicitud, la entidad le ofrece los siguientes canales:
www.sic.gov.co - Teléfono en Bogotá: 8820400 - Línea gratuita a nivel nacional: 018000910165
Dirección: Cra. 13 # 27 - 60 pisos 1, 3, 4, 5, 6, 7 y 10, Bogotá D.C. - Colombia
Teléfono: (571) 8870000 - e-mail: contactenos@sic.gov.co

 Nuestro aporte es fundamental,
al usar menos papel contribuimos con el medio ambiente

