

LA PROTECCIÓN REFORZADA DEL CONSUMIDOR EN CONTRATOS DE CONSUMO

Cómo citarse artículo: González Sinisterra, Saray Viviana.
"La protección reforzada del consumidor en contratos
de consumo". *Novum Jus* 16, núm.2 (2022): 187-214.
<https://doi.org/10.14718/NovumJus.2022.16.2.8>

Saray Viviana González Sinisterra



Código: 1035714031 • Autor: Shutterstock

LA PROTECCIÓN REFORZADA DEL CONSUMIDOR EN CONTRATOS DE CONSUMO

SARAY VIVIANA GONZÁLEZ SINISTERRA
UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

Resumen

Uno de los requisitos tradicionales en materia de cláusulas abusivas es la ausencia de negociación individual de la cláusula lesiva. Sin embargo, la legislación argentina extendió la protección a aquellas cláusulas que han sido negociadas individualmente por las partes en materia de consumo. La finalidad del presente artículo de investigación es establecer si en Colombia es posible emplear la teoría de las cláusulas abusivas para cláusulas negociadas individualmente en contratos de consumo; para ello, se expondrán las características de la teoría de las cláusulas abusivas en Colombia y Argentina y se revisarán algunos principios como la doctrina de los actos propios, el *pacta sunt servanda* y la presunción de mala fe, a la luz de la jurisprudencia de las altas cortes. La metodología consiste en un análisis cualitativo de derecho comparado de las normas en materia de consumo en Colombia y Argentina, el estudio de las posturas de los doctrinantes de ambos países y el examen de la jurisprudencia de los tribunales de cierre colombianos. De acuerdo con el estudio, se favorece la postura que sostiene que en Colombia no se debería permitir que la teoría de las cláusulas abusivas sea empleada para cláusulas negociadas individualmente, puesto que el consumidor no es un incapaz, hay que garantizar la seguridad jurídica de los contratos y se deben respetar el principio de *pacta sunt servanda* y la teoría de los actos propios.

Palabras clave: derecho del consumo, Estatuto del Consumidor, cláusulas abusivas, negociación de cláusulas individuales, legislación argentina, legislación colombiana.

La autora: abogada, maestranda en Derecho con énfasis en Derecho Privado de la Universidad del Rosario. Abogada junior de la firma Ortégón Pulido asociados. ORCID <https://orcid.org/0000-0002-6340-7145>. Correo electrónico: saray.gonzalez@urosario.edu.co

Recibido: 14 de febrero de 2022; **evaluado:** 28 de febrero de 2022; **aceptado:** 4 de marzo de 2022.

ENHANCED CONSUMER PROTECTION IN CONSUMER CONTRACTS

SARAY VIVIANA GONZÁLEZ SINISTERRA
UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

Abstract

One of the traditional requirements regarding the unconscionability theory is the absence of individual negotiation of unfair terms. However, Argentine legislation extended protection to those terms that have been individually negotiated by the parties in consumer matters. This article aims to establish whether it is possible to apply the unconscionability theory to individually negotiated terms in consumer contracts in Colombia. To this end, the characteristics of this theory in Colombia and Argentina are examined, as well as some principles and positions in favor and against, such as the estoppel doctrine, *pacta sunt servanda*, and the presumption of bad faith. The methodology used in the present investigation consists of a qualitative comparative law analysis regarding consumption norms in Colombia and Argentina, the study of both countries' doctrinarian positions, and examination of the jurisprudence of Colombian closing courts. Throughout this study, the favored position is the one that claims that in Colombia the unconscionability theory should not be allowed to be applied to individually negotiated clauses. Finally, a series of conclusions are presented based on the arguments of the paper.

Keywords: consumer law, consumer statute, unfair terms, individually negotiated terms, Argentine legislation, Colombian legislation.

The author: Lawyer, MA in Law with emphasis in Private Law from the Universidad del Rosario. Junior lawyer at the firm Ortegón Pulido Asociados. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6340-7145>. E-mail: saray.gonzalez@urosario.edu.co

Received: February 14, 2022; **evaluated:** February 28, 2022; **accepted:** March 4, 2022.

A PROTEÇÃO REFORÇADA DO CONSUMIDOR EM CONTRATOS DE CONSUMO

SARAY VIVIANA GONZÁLEZ SINISTERRA
UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

Resumo

Um dos requisitos tradicionais em matéria de cláusulas abusivas é a ausência de negociação individual da cláusula lesiva. Contudo, a legislação argentina estendeu a proteção àquelas cláusulas que foram negociadas individualmente pelas partes em matéria de consumo. O objetivo deste artigo de pesquisa é estabelecer se na Colômbia é possível utilizar a teoria das cláusulas abusivas para cláusulas negociadas individualmente em contratos de consumo; para isso, são expostas as características da teoria das cláusulas abusivas na Colômbia e na Argentina, e são revisados alguns princípios como a doutrina dos atos próprios, o *pacta sunt servanda* e a presunção de má-fé, à luz da jurisprudência das supremas cortes. A metodologia consiste numa análise qualitativa de direito comparado da legislação em matéria de consumo na Colômbia e na Argentina, no estudo das posturas dos doutrinantes de ambos os países e no exame da jurisprudência dos tribunais superiores colombianos. De acordo com o estudo, é favorecido o posicionamento que apoia que, na Colômbia, não se deveria permitir que a teoria das cláusulas abusivas seja utilizada para cláusulas negociadas individualmente, visto que o consumidor não é um incapaz, há que garantir a segurança jurídica dos contratos e devem ser respeitados o princípio de *pacta sunt servanda* e a teoria dos atos próprios.

Palavras-chave: direito do consumo, Estatuto do Consumidor, cláusulas abusivas, negociação de cláusulas individuais, legislação argentina, legislação colombiana.

A autora: advogada, mestranda em Direito com ênfase em Direito Privado da Universidad del Rosario, Colômbia. Advogada júnior da firma Ortegón Pulido asociados. ORCID <https://orcid.org/0000-0002-6340-7145>. Correio eletrônico: saray.gonzalez@urosario.edu.co

Recebido: 14 de fevereiro de 2022; **avaliado:** 28 de fevereiro de 2022; **aceito:** 4 de março de 2022.

Introducción

La teoría de las cláusulas abusivas surge como parte del desarrollo del principio de no abuso del derecho, con el propósito de proteger a una de las partes suscritas a un contrato que ha sido afectada con una cláusula que causa un desequilibrio injustificado, significativo e irrazonable entre estas en la relación contractual a partir lo dispuesto en dicho contrato. De esa manera, esta teoría limita la autonomía de la voluntad de los contratantes para que ninguna de las partes involucradas abuse de los derechos que les ha conferido la ley; así, al ser utilizada entre particulares, la teoría de las cláusulas abusivas coadyuva a que ninguno de los participantes de la relación contractual abuse de sus derechos durante la elaboración del contrato al imponerle a su contraparte una cláusula abusiva.

En atención a estas disposiciones y aun en una relación donde los contratantes están en igualdad de condiciones, si el juez o el árbitro de las partes llegara a considerar que una de las cláusulas no negociadas es abusiva, esta será declarada nula por imponer una carga que no debe soportar aquel que se vea afectado por ella.

Por tal razón, en algunas de las legislaciones del mundo se han implementado instrumentos de protección dirigidos a los consumidores, con la finalidad de reducir el desequilibrio existente en la negociación cuando estos firman contratos con profesionales. Dichas normas están orientadas a proteger los derechos de las personas que se encuentran en una posición de desventaja, salvaguarda que tiene el carácter de ser imperiosa, en especial en materia de consumo, si se tiene en cuenta la posición de desventaja de todos los consumidores, por definición. Es así debido a que la mayoría de los contratos de consumo son de adhesión, tipología contractual en la que la figura del consumidor no tiene posibilidad real de modificar el contrato, porque el clausulado está predispuesto.

En ese orden de ideas, la globalización ha provocado que el consumidor se enfrente a condiciones prestablecidas, de conformidad con la regulación del país en el que se halle. Sin embargo, con el paso de los años, se le ha permitido al consumidor negociar los términos de los contratos que celebra; por lo tanto, conviene abordar si es viable utilizar la teoría de las cláusulas abusivas en aquellos casos en los que fue posible negociar la cláusula que el consumidor considera lesiva. La relevancia del problema jurídico planteado yace en que la confianza en las transacciones realizadas por un empresario y un consumidor, así como la facilidad en la solución de sus controversias, determinan el desempeño económico nacional visto desde la

productividad (a mayor confianza, mayor cantidad de transacciones), afectan las situaciones que el derecho del consumo pretende proteger y mejoran la calidad de vida generalizado de la población.

La investigación tuvo un enfoque cualitativo, mediante el análisis del derecho comparado de las normas en materia de consumo en Colombia y Argentina, el estudio de las posturas de los doctrinantes de ambos países y el examen de la jurisprudencia de los tribunales de cierre colombianos.

El artículo se estructura de la siguiente manera: i) Principios que justifican la teoría de las cláusulas abusivas; ii) Teoría de las cláusulas abusivas; iii) Derecho del consumo; iv) Legislación colombiana; v) Legislación argentina; vi) Especialidad del consumidor; vii) Análisis del problema jurídico, y viii) Conclusiones.

Principios que justifican la teoría de las cláusulas abusivas

Principio de equidad

La Constitución Política contempla la equidad como un criterio auxiliar del derecho, cuyo propósito es “evitar una injusticia como resultado de la aplicación de la ley a un caso concreto”.¹ Entre otras funciones, la Corte Constitucional² ha considerado que la equidad actúa como un elemento de ponderación que le permite al operador jurídico atribuir o distribuir las cargas impuestas por la norma, de tal manera que, en el momento en que este deba tomar una decisión, lo lleve a considerar aquellos elementos que son relevantes y que, en el caso concreto, no fueron tenidos en cuenta cuando se configuró el contrato.

Principio de buena fe

En Colombia, el principio de buena fe se encuentra regulado en el artículo 83 de la Constitución Política, el artículo 1603 del Código Civil y el artículo 871 del Código del Comercio. La Corte Constitucional³ resalta en sus pronunciamientos

¹ República de Colombia, *Constitución Política* (Bogotá: Legis, 1991), art. 230.

² República de Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-284 de 13 de mayo de 2015*, M. P. Mauricio González Cuervo.

³ República de Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-1194 de 15 de diciembre 2008*, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

la doble función que tiene este principio, las cuales son, por un lado, integrar el ordenamiento y, por otro, regular las relaciones entre particulares.

La buena fe no solo permea la ejecución del contrato, sino también la etapa precontractual. Tiene, entre otras, la finalidad de proteger los derechos de las personas que contractualmente se hallan en una posición desventajosa, al no poder participar en la negociación de una o de la totalidad de las cláusulas del contrato al que están suscritas.

Principio de autonomía de la voluntad

En múltiples ocasiones, la Corte Constitucional ha aseverado que, a pesar de que el principio de autonomía de la voluntad no está expresamente consagrado en la Constitución, se puede inferir su existencia a partir de varias disposiciones del texto constitucional, en especial en los artículos 13 y 16, que contemplan el derecho a la libertad y a la libertad de expresión. La jurisprudencia constitucional ha definido el principio de autonomía de la voluntad privada como “el poder de las personas de disponer con efecto vinculante de los intereses y derechos de los que son titulares y, por ende, crear derechos y obligaciones, siempre que respete el orden público y las buenas costumbres”⁴ o crear relaciones vinculantes que únicamente producen efectos interpartes, como ha quedado indicado en el artículo 1602 del Código Civil. Al elaborar el contrato, el predisponente debe respetar no solo el principio de no abuso del derecho que aquí se explica, sino también los ya mencionados de buena fe y de equidad.

— Límites a la autonomía de la voluntad

Es claro, entonces, que el principio de autonomía de la voluntad no es absoluto, sino que está sometido al cumplimiento de la función social de la propiedad privada y de las necesidades básicas de la economía de mercado y que, en consecuencia, su ejercicio debe respetar los derechos fundamentales, el orden público, el interés general y las buenas costumbres.⁵ Estos límites tienen su asidero legal en el artículo 16 del Código Civil, el cual se encarga de acotarlo en la medida en que las personas no pueden elaborar contratos en los que incluyan cláusulas que vayan en contra de aquellas disposiciones legales cuya función es mantener el orden público y las

⁴ República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-1194 de 15 de diciembre 2008.

⁵ República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-186 de 16 de marzo de 2011, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

buenas costumbres, es decir, las normas imperativas. A continuación, se presentan algunos ejemplos de los límites al principio de autonomía de la voluntad privada.⁶

Principio de no abuso del derecho

Este principio ha sido consagrado en el artículo 95 de la Constitución Política y en el artículo 830 del Código de Comercio, con la finalidad de que las personas que tienen derechos subjetivos a su favor los ejerzan de modo razonable y apropiado, para evitar que estas vulneren los derechos constitucionales de otras.⁷ Halla su fundamento en la convivencia pacífica de la sociedad, al no ser posible la existencia de un orden social si los derechos de los que goza cada persona no tienen límite alguno,⁸ dado que pueden presentarse situaciones de abuso de derecho en ocasiones en las que: i) el ejercicio de un derecho exceda los fines sociales y económicos que le corresponden y perjudiquen al deudor, daño que muchas veces no acarrea un beneficio correlativo para aquel que ejecuta su derecho,⁹ y ii) una de las partes se desvíe de la finalidad establecida por el Legislador en el momento de crear la norma, con el objetivo de ubicarse en una posición privilegiada.¹⁰

La relación de este principio con la teoría de las cláusulas abusivas es la forma como lo emplea cuando el contrato es elaborado por una de las partes y la otra solo puede decidir si lo suscribe o no, pues, en consecuencia, la parte que lo realiza debe abstenerse de imponer cláusulas que ocasionen un desequilibrio significativo e injustificado en las obligaciones para ambas, con lo que respetaría el principio de buena fe.¹¹

⁶ Otros límites a la autonomía de la voluntad son la teoría de la imprevisión, el orden público y las buenas costumbres.

⁷ República de Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-511 de 8 de noviembre de 1993*, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁸ Enrique Cuentas Ormachea, “El abuso del derecho”, *Derecho PUCP*, núm. 51 (diciembre 1997): 465, DOI: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.199701.016> (acceso febrero 10, 2021).

⁹ República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, *Sentencia de 8 de junio de 1999, Exp. 5157*, M. P. Nicolás Bechara Simancas.

¹⁰ República de Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia SU-631 de 12 de octubre 2017*, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹¹ República de Colombia, Tribunal de Arbitramento, *Caso Concelular S. A. vs. Comcel S. A., Laudo arbitral de 1 de diciembre de 2006*.

Teoría de las cláusulas abusivas

La jurisprudencia y la doctrina concuerdan en que la teoría de las cláusulas abusivas nace como una forma de atacar las consecuencias que puede ocasionar la mala fe de uno de los contratantes, pues, de ese modo, durante la solicitud de revisión del contrato, el juez podrá decidir si una cláusula es abusiva o no y, de serlo, la declarará ineficaz o nula.¹²

Antes de avanzar en este desarrollo es preciso definir qué se entiende por una cláusula abusiva, noción que ha sido descrita apropiadamente por Posada, quien afirmó:

Son consideradas como abusivas todas las cláusulas, impuestas por el predisponente (parte fuerte) en ejercicio de su libertad contractual al adherente (parte débil), en cuanto alteren, de manera injustificada y en perjuicio de los intereses de la parte débil, el equilibrio jurídico del contrato, por entenderse que la libertad contractual ha sido ejercida de manera abusiva en perjuicio de los intereses del adherente.¹³

La mayoría de los Estados ha acogido una misma definición de la noción de cláusulas abusivas cuyo requisito principal es la ausencia de negociación de la cláusula considerada abusiva, tal y como lo considera el autor citado. De esa manera, la teoría se emplea con exclusividad a aquellas cláusulas que no han sido negociadas entre las partes y que, a su vez, conceden un derecho o una facultad desproporcionada a la que elabora el contrato.

En Colombia, la Corte Suprema de Justicia (CSJ)¹⁴ se pronunció acerca de cuáles son las características que debe revestir una cláusula para que sea declarada abusiva: que su negociación no haya sido individual, que vaya en contra de la buena fe y que ocasione un desequilibrio significativo, de acuerdo con las particularidades del caso.

- En cuanto a que la negociación no sea individual, la CSJ no delimitó explícitamente el uso de la teoría a las cláusulas abusivas en un contexto de consumo, por lo

¹² Carlos Alberto Soto Coaguila y Jorge Mosset Iturraspe, *El contrato en una economía de mercado*, 2ª ed. (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2009), 91-92.

¹³ Camilo Posada Torres, "Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano", *Revista de Derecho Privado*, núm. 29 (diciembre 2015): 141, DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n29.07> (acceso enero 3, 2021).

¹⁴ República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, *Sentencia de 2 de febrero de 2001, Exp. 5670*, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

cual permitió que esta pudiera ser utilizada tanto en los contratos de adhesión como en los de libre discusión, dado que solo se requiere que la cláusula que provoca un daño no sea discutida. Lo anterior, con base en que estas cláusulas van en contra de los postulados generales de la contratación, así como de los estándares de justicia y equidad, por contravenir los derechos de una de las partes en perjuicio de la otra.

- En segundo lugar, la CSJ determinó que la disposición atacada debe ir en contra de los postulados de la buena fe; de ahí que la parte que impone una cláusula debe evaluar si el contenido de esta va o no en contra de los deberes que implica la buena fe y hacer las modificaciones a las que haya lugar.
- Por último, la CSJ¹⁵ estableció que se debe causar un desequilibrio significativo en los derechos y en las obligaciones que las partes asumen; por lo tanto, la teoría de las cláusulas abusivas solo será utilizada ante un desbalance normativo. Este debe ser significativo, toda vez que no se busca que exista una igualdad milimétrica en las relaciones contractuales, sino que aquel que sea grave, como arrogarse derechos sin contraprestación o imponer obligaciones a la contraparte, sean sancionados.¹⁶

En relación con este último señalamiento, Rodríguez han considerado que es necesario acotar la definición de “desequilibrio significativo”, —lo que da lugar a que este también sea caracterizado con otros adjetivos—, debido a que “si una cláusula establece un desequilibrio en favor de quien la ha redactado, pero se encuentra en ella una justificación que la explique o legitime, entonces no podrá tenerse como abusiva”¹⁷ y, por tanto, solo deberá hablarse de desequilibrio en las obligaciones contractuales cuando este, además de significativo, también sea injustificado e irrazonable.

Asimismo, el Tribunal de Arbitramento de Concelular S. A. contra Comcel S. A.¹⁸ afirmó que las cláusulas abusivas, para ser consideradas como tales, debían producir una desproporción significativa e injustificada entre las obligaciones de las partes. De

¹⁵ República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, *Sentencia de 13 de diciembre de 2002, Exp. 6462*, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

¹⁶ Camilo Andrés Rodríguez Yong, *Una aproximación a las cláusulas abusivas* (Bogotá: Legis, 2013), 54 y ss.

¹⁷ Rodríguez Yong, *Una aproximación*, 58 y ss.

¹⁸ República de Colombia, Tribunal de Arbitramento, *Caso Concelular S. A. vs. Comcel S. A., Laudo arbitral de 1 de diciembre de 2006*.

tal forma, el Tribunal consideró que caracterizar el desequilibrio como significativo es un concepto un poco abierto, porque este debe ser injustificado.

Finalidades de la teoría de las cláusulas abusivas

La teoría de las cláusulas abusivas fue creada con varios objetivos, todos encaminados a garantizar la existencia y el mantenimiento de una relación de equilibrio entre los contratantes suscritos a cualquier tipo de acuerdo contractual:

- Proteger a la parte que no ha participado en la construcción del contrato de aquellas estipulaciones que van en contra de la buena fe, por causar un desequilibrio contractual significativo.
- Controlar el abuso de derecho en el que incurren las personas que exceden sus facultades en el momento de plasmar el contenido del contrato.
- Asegurar el equilibrio normativo entre las partes debido a las diferencias existentes en la relación entre el consumidor y el profesional.

Sanciones que recaen sobre las cláusulas abusivas

La presencia de cláusulas abusivas en un contrato acarrea una serie de sanciones jurídicas, porque van en contra de los principios de buena fe, de equidad y no abuso del derecho, que rigen las relaciones dentro de la sociedad colombiana. Las sanciones que contempla el Legislador son: la nulidad y la ineficacia, cada una de las cuales va encaminada a un sujeto diferente, por lo que no pueden ser utilizadas de manera indiscriminada.

En cuanto a la sanción de ineficacia, la Corte Constitucional¹⁹ la define como la disposición legal que deja sin efectos un acto jurídico por motivos de diferente índole, la cual no requiere el pronunciamiento judicial para ser efectiva, porque se entenderá por no escrita. Esta sanción, en materia de cláusulas abusivas, está prevista en los artículos 42 y 43 del Estatuto del Consumidor, en los que es contemplada respecto a las cláusulas abusivas impuestas en los contratos por parte de los productores y los proveedores (art. 42); en este articulado se incluye un listado no taxativo de cláusulas que son consideradas abusivas y tienen como efecto la ineficacia (art. 43).

¹⁹ República de Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-345 de 24 de mayo de 2017*, M. P. Alejandro Linares Cantillo.

Como se mencionó, las sanciones van dirigidas a diferentes sujetos, por lo que en el artículo 44 del Estatuto se incorporó la sanción de nulidad para actos de consumo que incluyen cláusulas abusivas. Al no haber sido puntualizado con claridad, Rodríguez²⁰ ha llegado a la conclusión de que la sanción que debe imponerse en estos casos es la ineficacia, por ser una medida que protege con más amplitud los intereses del consumidor, lo que, en últimas, es lo que persigue el Estatuto.

Acerca de los supuestos que no se incluyen en estas normas, debido a que el acto jurídico no está basado en una relación de consumo, será necesario acudir ante un juez para que resuelva si se trata o no de una cláusula abusiva y, en caso de serlo, declare la nulidad absoluta de la cláusula.²¹

Es válido aclarar que, con el propósito de preservar el contrato, estas sanciones solo abarcarán la cláusula abusiva, según lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto del Consumidor, el artículo 133 de la Ley 142 de 1994 y el artículo 902 del Código de Comercio.

Controles sobre las cláusulas abusivas

Con base en las limitaciones ya mencionadas del principio de autonomía de la voluntad privada y en que el hecho de que un contrato sea denominado como de libre discusión no implica que cada una de las cláusulas haya sido negociada individualmente, ya sea porque uno de los contratantes quiere reducir costos o riesgos o porque hay una relación dispar entre los contratantes que le permite a uno de ellos imponer algunas condiciones,²² el Legislador ha dispuesto en el ordenamiento colombiano una serie de controles que, de manera previa o posterior, expulsan del contrato las cláusulas cuyo contenido es abusivo. Se trata del control legislativo, judicial y administrativo.

Derecho del consumo

Las relaciones de consumo surgen a partir del vínculo entre los profesionales que ofrecen o prestan bienes o servicios y las personas que los adquieren con el fin de

²⁰ Rodríguez Yong, *Una aproximación*, 67 y ss.

²¹ Jonathan Zapata Flórez et al., "Sanciones jurídicas a la estipulación de cláusulas abusivas en los contratos por adhesión en Colombia", *CES Derecho* 7, núm. 2 (julio-diciembre 2016): 45 y ss., <http://www.scielo.org.co/pdf/cesd/v7n2/v7n2a04.pdf> 2481 (acceso enero 3, 2021).

²² Zapata Flórez et al., "Sanciones jurídicas", 47.

consumirlos. A la figura del profesional lo caracteriza su capacidad económica, su experticia en el negocio y la experiencia adquirida.²³ En cuanto al escenario en donde tienen lugar estas relaciones, se puede afirmar que, gracias a la regularidad de los negocios y la rapidez con la que se efectúan las transacciones, ha sido necesaria la implementación de contratos predispuestos o de adhesión, con el objetivo de adaptarse a la velocidad de los negocios. Tal tipología contractual se caracteriza porque establece una relación asimétrica entre los contratantes, por la imposibilidad del adherente de alterar el contenido del contrato que ha sido propuesto por el predisponente y porque la modalidad en la que el contrato se redacta solo le permite al adherente aceptar o no los términos allí expuestos.²⁴

Todas estas características sitúan al consumidor en una posición de inferioridad y debilidad económica ante el profesional, circunstancias que lo hacen merecedor de una protección especial por parte del Estado. Por eso, con la finalidad de restablecer el equilibrio entre las partes que intervienen en una relación de consumo, se creó el derecho del consumo.

Legislación en materia de consumo en Colombia

En Colombia, el principio de no abuso del derecho se encuentra regulado por el artículo constitucional 95, el cual indica que las personas y los ciudadanos tienen el deber de “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”.²⁵ Su objetivo principal es evitar que se vulneren derechos constitucionales. De igual manera, la protección al consumidor se consigna en el artículo 78 de la Constitución y en la Ley Estatutaria 1480 de 2011.

El artículo 42 del Estatuto fijó una definición de cláusula abusiva como toda cláusula que ocasione un desequilibrio injustificado en detrimento del consumidor o altere el tiempo, el modo o el lugar en el que el consumidor puede exigir sus derechos. Esta noción, como ya se mencionó, va acompañada de un listado no taxativo de cláusulas que son calificadas como abusivas. De ahí que se concluya que, en materia de cláusulas abusivas, Colombia adoptó una especie de modelo mixto, puesto que contempla un listado no taxativo de cláusulas abusivas y una definición amplia que permite que sean declaradas abusivas aquellas cláusulas que no fueron contempladas en el momento de la formación de la ley.

²³ República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, *Sentencia de 30 de abril de 2009, Exp. 25899 3193 992 1999 00629 01*, M. P. Pedro Octavio Munar Cadena.

²⁴ Posada Torres, “Las cláusulas abusivas”, 143.

²⁵ República de Colombia, *Constitución Política*, art. 95.

Principio protectorio

El Estatuto del Consumidor colombiano protege a los consumidores, por cuanto el propósito de las disposiciones que contiene es evitar que otras figuras abusen de sus derechos. Así, este cuerpo legal define su objetivo como “proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores”.²⁶ En el mismo sentido fueron consagrados sus artículos 34 y 40, que indican que los contratos deben ser interpretados de la manera más favorable para el consumidor, así como las demás normas contenidas en la ley que son de orden público y que, por tanto, no admiten pacto en contrario.

Asimismo, la protección al consumidor se extiende con el artículo 47 del Estatuto del Consumidor, que contempla el derecho de retracto para adquisiciones realizadas por medios no tradicionales, en las que, por publicidad engañosa, el consumidor compra un producto que no coincide con lo ofrecido. La protección se deriva de que la información debe ser adecuada, suficiente y completa;²⁷ en caso contrario, se podrá proceder a su devolución.

En el artículo 3 del Estatuto, se dispone que el consumidor tiene derecho a “ser protegido de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión”.²⁸ Se puede concluir que la legislación colombiana cuenta con un amplio rango de normas que permiten proteger a los consumidores frente a los posibles abusos por parte de empresarios que recurran a contratos de adhesión. Sin embargo, no existe claridad acerca de si esta protección también cubre a los consumidores que, aun cuando son parte activa de la negociación de las cláusulas, una vez celebrado el negocio consideran que hay un desequilibrio significativo, injustificado e irracional que los afecta.

Sujetos de especial protección constitucional

Entre otros pronunciamientos, la Corte Constitucional²⁹ estableció cuáles son los sujetos que gozan de especial protección constitucional, que se caracterizan por

²⁶ República de Colombia, Congreso de la República, *Ley 1480 de 2011*, “Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones” (Bogotá: *Diario Oficial* núm. 48 220, 12 de octubre de 2011), art. 1.

²⁷ Francisco Andrés Martínez Bustamante y Jonathan Smit Santamaria, “Reseña: Propiedad intelectual, nuevas tecnologías y derechos del consumidor. Reflexiones del derecho privado moderno”, *Novum Jus* 15, núm. 2 (2021): 300, <https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/3959> (acceso febrero 26, 2021).

²⁸ República de Colombia, Congreso de la República, *Ley 1480 de 2011*, art. 3.

²⁹ República de Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-167 de 11 de marzo de 2011*, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

necesitar una acción positiva por parte del Estado que garantice de manera efectiva su derecho a la igualdad. La Corte ha identificado varios grupos que merecen una especial protección, entre ellos, los consumidores.

Así pues, en la legislación colombiana, el consumidor es un sujeto de especial protección, toda vez que existe una asimetría de información entre el consumidor y el empresario, así como una posición de privilegio de los comerciantes, como lo advierte la jurisprudencia.³⁰ Sin embargo, este sujeto no puede recibir el mismo tratamiento que los otros sujetos de especial protección por el hecho de que no tiene el conocimiento técnico o no cuenta con el músculo financiero con el que sí cuenta el empresario; toda vez que tiene capacidad de tomar decisiones, acceder a la información requerida acerca de los productos y servicios que busca consumir y no se encuentra en una posición que nubla su juicio y le impida celebrar un contrato.

Legislación argentina

En materia de consumo, Argentina cuenta con tres instrumentos que son relevantes para esta investigación, debido a que estas normas han creado una amplia protección alrededor del consumidor; estas son: la Ley de Defensa al Consumidor, de 1993; la Ley para crear un sistema de resolución de conflictos en las relaciones de consumo, de 2014, y el reciente Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN),³¹ promulgado en el año 2014. En el CCCN se define como abusiva la cláusula que “habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor”.³² En el artículo 37, se establece la sanción de ineficacia frente a las cláusulas que: i) desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad de los daños causados y contemplen la renuncia o la restricción de los derechos de los consumidores; ii) amplíen los derechos de su contraparte, y iii) inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

A partir de la implementación del nuevo CCCN, Argentina ha abierto la puerta a la teoría de las cláusulas abusivas a una cláusula que ha sido negociada por las partes

³⁰ República de Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-1547 de 21 de noviembre de 2000*, M. P. Cristina Pardo Schlesinger.

³¹ República Argentina, Congreso de la Nación, *Ley 26 994 de 2014*, “Código Civil y Comercial de la Nación” (Buenos Aires: *Boletín Oficial* núm. 32 985, 8 de octubre de 2014).

³² República Argentina, Congreso de la Nación, *Ley 26 994 de 2014*, art. 1119.

en un contexto de consumo. Los artículos en cuestión son el 1117,³³ el 1118³⁴ y el 1119 del CCCN, los cuales hacen referencia a la posible utilización de la teoría de las cláusulas abusivas a las cláusulas predispuestas o no; esto significa que, en todo caso, el juez no tendrá en cuenta, en el momento de evaluar la validez de la cláusula, si el consumidor formó parte activa de la discusión del contrato o no.

Algunos doctrinantes argentinos han formulado una serie de observaciones respecto a las nuevas disposiciones que introdujo el CCCN en materia de consumo, en especial en lo referente a la ampliación de la protección a los consumidores, porque con ella se faculta al juez para que declare una cláusula abusiva a pesar de haber sido negociada por las partes. En general, se advierte que los doctrinantes están de acuerdo con el cambio, de la siguiente manera:

- De acuerdo con Rossi,³⁵ el derecho del consumidor tiene por finalidad la protección del individuo; por tanto, no es relevante el modo en el que se elabora el contrato, es decir, con o sin negociación.
- Por su parte, Jurio y Parra³⁶ han indicado que el hecho de que el consumidor haya aceptado la cláusula individualmente no libera a dicha cláusula del abuso presente en su contenido.
- En el mismo sentido, Causse y Pettis³⁷ sostuvieron que era necesario hacer un control de las cláusulas negociadas individualmente siempre que el contenido de estas sea abusivo, aun cuando hayan sido discutidas.

³³ "Normas aplicables. Se aplican en este capítulo lo dispuesto por las leyes especiales y los artículos 985, 986, 987 y 988, existan o no cláusulas generales predispuestas por una de las partes". República Argentina, Congreso de la Nación, *Ley 26 994 de 2014*, art. 1117.

³⁴ "Control de incorporación. Las cláusulas incorporadas a un contrato de consumo pueden ser declaradas abusivas aun cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor". República Argentina, Congreso de la Nación, *Ley 26 994 de 2014*, art. 1118.

³⁵ Jorge Oscar Rossi, "El nuevo Código y las cláusulas abusivas", <https://camoron.org.ar/nuevas-normas/derecho-del-consumidor/el-nuevo-codigo-y-las-clausulas-abusivas/> (acceso febrero 21, 2022).

³⁶ Mirta Jurio y Ricardo Parra, "El concepto de contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación", *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* 12, núm. 45 (2015): 31-32, <https://core.ac.uk/download/pdf/296383833.pdf> (acceso marzo 7, 2021).

³⁷ Federico Causse y Christian Pettis, dirs., *Código Civil y Comercial explicado*, Tomo III: Derechos personales y derechos reales (Buenos Aires: Estudio, 2019), 517.

- Moreno³⁸ estimó que solo se debería observar el desequilibrio significativo e injustificado causado al consumidor.
- Desde otro punto de vista, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina defiende que la buena fe debe actuar “más allá de las palabras empleadas en la redacción del contrato”³⁹ con el objetivo de indagar “la intención común”⁴⁰ de las partes, debido a que, a pesar de que el contrato fue negociado, la estandarización de los contratos no posibilita que la intención del consumidor sea expresada de manera plena en ellos.

Se advierte que, en virtud de la imposibilidad que tiene el consumidor para intervenir en la creación del contrato, la protección hacia él surge mediante la teoría de las cláusulas abusivas. Cabe, entonces, preguntar: ¿es tal la ausencia de experiencia, la ingenuidad y el desconocimiento del consumidor promedio sobre la materia que se hace necesaria esta clase protección? En un primer momento parecería que se está frente a una protección excesiva por parte del Legislador argentino.

Análisis del problema jurídico

¿Los consumidores pueden ser asimilados a sujetos como el inhábil o con discapacidad mental?

Con el fin de salvaguardar los intereses de las personas con algún tipo de discapacidad mental fueron ratificados instrumentos como la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, que impulsaron cambios en la legislación en lo referente a la capacidad de los que eran denominados “incapaces absolutos o relativos”. Es así como a partir de la expedición de la Ley 1996 de 2019 se creó una verdadera protección hacia las personas que se encuentran en estas condiciones, al determinar que todas ellas cuentan con capacidad legal para celebrar contratos y que la existencia de una discapacidad no limita la capacidad de ejercicio de ninguna persona, lo que llevó, en consecuencia, a crear la figura de los apoyos.

³⁸ Emilce Noelia Moreno, “Protección del consumidor en los contratos bancarios en el Código Civil y Comercial. Prácticas y cláusulas abusivas”, *Cuadernos de doctrina judicial de la provincia de La Pampa VIII*, núm. 3 (2016).

³⁹ Alfredo Mario Codomi, “Código Civil y Comercial: incidencia en materia de interpretación e integración de los contratos de consumo”, *SAIJ*, 1 de octubre de 2015, <http://www.saij.gob.ar/alfredo-mario-condomi-codigo-civil-comercial-incidencia-materia-interpretacion-integracion-contratos-consumo-dacf150529-2015-10-01/123456789-0abc-defg9250-51fcanirtcod> (acceso octubre 28, 2020).

⁴⁰ Codomi, “Código Civil y Comercial”.

Este pequeño recordatorio se hace con el fin de plantear una analogía entre estos sujetos y los consumidores, que permite concluir que, aun cuando los consumidores sí necesitan que el Estado les brinde protección por la posición desventajosa en la que se encuentran, no requieren una protección estatal minuciosa como la que precisan las personas con discapacidad porque estos —al menos, la mayoría de los consumidores— no posee algún tipo de discapacidad ni física o psicológica. Se establece que, cuando los actos jurídicos del consumidor son producto de una negociación en la que existió una verdadera posibilidad de discutir el clausulado, no es admisible la intervención del Estado para corregir el desequilibrio jurídico que el consumidor aceptó, aunque tenía la posibilidad real de modificarlo.

Especialidad del consumidor: ¿se le hace el mismo reproche a un consumidor experto que a uno promedio?

En primer lugar, es necesario aclarar que, si bien las normas en materia de consumo no están diseñadas para expertos, tampoco lo están para las personas más incautas y sin experiencia. Ello ha hecho necesario que se cree un sujeto o una figura que reúna las características del promedio de los consumidores al que se le denomina consumidor medio o promedio, puesto que así se considera el amplio rango de consumidores con diferente acceso a la información del bien o servicio. Los tipos de consumidores se podrían clasificar en dos grandes categorías: informados y no informados, que pueden dividirse de la siguiente manera:

Consumidores informados

- Consumidor experto: aquel que está completamente informado acerca del tema en cuestión, pues se dedica a ello de forma habitual.⁴¹
- Consumidor racional: tiene la facultad de analizar diferentes productos o servicios informándose acerca de sus características para así escoger el que más le atraiga, aunque al examinar las características puede no comprender el contenido en su totalidad.⁴²

⁴¹ Constanza Blanco Barón, “La información como instrumento de protección de los consumidores, los consumidores financieros y los inversionistas consumidores”, *Opinión Jurídica* 11, núm. 21 (2012): 148-149, <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/532> (acceso enero 22, 2021).

⁴² Sergio Sebastián Barocelli, “El Estado y las relaciones de consumo”, *Via Inveniendi et Iudicandi* 8, núm. 1 (junio 2013): 13, DOI: <https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2013.0001.08> (acceso enero 3, 2021).

Consumidores no informados

- Consumidor descuidado: tiene la facultad de informarse acerca del tema a contratar, pero no lo hace por desinterés; de ahí que sea altamente influenciable por factores como la publicidad.⁴³
- Consumidor ignorante: cuenta con un conocimiento mínimo o no tiene acceso a la información sobre el producto o servicio que desea contratar. En ambos casos asume como cierta la información suministrada por el comerciante.⁴⁴

Debido a la amplia diversidad de consumidores, las autoridades crearon la figura de un sujeto modelo denominado consumidor promedio para regular en la materia. Así pues, en la legislación se determinó que este no cuenta con experiencia específica en la celebración de contratos para adquirir un determinado bien o servicio, pero se encarga de analizar la información disponible en el momento de comprar, aun cuando no entiende la totalidad de los datos; además, es capaz de identificar cuándo se encuentra frente a un buen negocio y sabe diferenciarlo de uno que le ocasiona más pérdidas que beneficios, porque hace un estudio superficial de la información suministrada.⁴⁵

Con base en lo expuesto, a la pregunta acerca de si se le hace el mismo reproche a un consumidor experto que a uno promedio, habría que responder de manera afirmativa, dado que, al fijar el contenido de las regulaciones en materia de consumo, así como al emplearlas, se tiene en mente a un sujeto promedio y no las características particulares de cada uno de los consumidores.

Principios del ordenamiento jurídico colombiano a la luz de las posturas a favor y en contra de utilizar la teoría de las cláusulas abusivas para las cláusulas negociadas individualmente

La implementación del contenido del artículo 1119 del CCCN en la legislación colombiana generaría una discusión en torno a la interpretación adecuada de algunos principios que rigen el ordenamiento jurídico del país, pues según la posición que

⁴³ Juan Carlos Villalba Cuellas, “Aspectos introductorios al derecho del consumo”, *Prolegómenos* 12, núm. 24 (2009): 14, DOI: <https://doi.org/10.18359/prole.2481> (acceso enero 3, 2021).

⁴⁴ Villalba Cuellas, “Aspectos introductorios”, 88.

⁴⁵ Juan Sebastián Alejandro Perilla Granados, “Construcción antiformalista del consumidor medio”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 54 (diciembre 2015): 14 y ss., <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7249160.pdf> (acceso enero 3, 2021).

se adopte cambiará la respuesta a la pregunta ¿es posible utilizar la teoría de las cláusulas abusivas para las cláusulas negociadas individualmente en materia de consumo? Por ello, en este apartado se ofrece una breve interpretación de algunos principios de acuerdo con ambas posturas.

Pacta sunt servanda

El principio de *pacta sunt servanda*, consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, establece que todos los contratos legalmente celebrados son ley para las partes; en consecuencia, solo pueden ser invalidados por el consentimiento de las partes o por causas legales. Este principio exige una actitud recta y leal de cada una de las partes, de manera tal que cumplan con lo prometido.

Este, al igual que todos los principios del derecho, cuenta con varios límites, entre los que cabe mencionar la lesión enorme y la teoría de la imprevisibilidad,⁴⁶ barreras que, junto con otras, fueron necesarias para menguar el desequilibrio causado por uno de los contratantes. Es así debido a que, como lo expresó Garrido,⁴⁷ el principio de *pacta sunt servanda* en la actualidad no evidencia la autonomía de los individuos, sino la del poder económico que impone un contenido gravoso a la parte débil del contrato. En ese orden de ideas, un argumento válido para apoyar la postura de ampliar el uso de la teoría de las cláusulas abusivas a las cláusulas negociadas individualmente recae en la existencia de un desequilibrio económico tan prominente que hace necesario que el Estado intervenga en la relación contractual para reequilibrar la relación.

La posición adversa fundamenta su argumentación en la expresión “todo contrato legalmente celebrado”, utilizada por el Legislador, en referencia a que solo los contratos que cumplan con los requisitos presentes en la legislación serán ley para las partes, sin que recaiga en el contrato un vicio en el consentimiento; es, por tanto, mediante este acuerdo legalmente establecido que los contratos generan las obligaciones indicadas en las declaraciones de las partes.⁴⁸ Aun así, en vista de que existen modalidades de contratación en las que se incrementa la posibilidad que tienen los empresarios de influenciar al consumidor con el fin de celebrar un

⁴⁶ María Isabel Garrido Gómez, “Lo que queda del principio clásico *pacta sunt servanda*”, *Derecho y Cambio Social* 8, núm. 25 (2011): 5.

⁴⁷ Garrido Gómez, “Lo que queda”, 5.

⁴⁸ Fernando Hinestrosa, “El principio del *pacta sunt servanda* y la estipulación de intereses”, *Con-texto* núm. 12 (2001): 32-38.

contrato que este último no está seguro de suscribir, la ley ha previsto y regulado, en el artículo 47 del Estatuto del Consumidor, el derecho de retracto, como un período de reflexión adicional para que el consumidor medite sobre su decisión; allí se muestran las modalidades de contratación en las que el consumidor es más influenciado, como son los tiempos compartidos y las ventas que utilizan métodos no tradicionales o a distancia, entre otros.

Presunción de mala fe

El concepto de mala fe es cercano al de dolo, aunque no sea del todo preciso asimilarlos, y fue descrito por Capitant como “el conocimiento que una persona tiene de la falta de fundamento de su pretensión, del carácter delictuoso o cuasi delictuoso de su acto, o de los vicios de su título”.⁴⁹

A continuación, se presentarán argumentos a favor y en contra de la utilización de la teoría de las cláusulas abusivas para las cláusulas negociadas individualmente.

Si el Legislador colombiano o la CSJ decide ampliar el uso de la teoría de las cláusulas abusivas para las cláusulas negociadas individualmente en un contexto de consumo se estaría presumiendo la mala fe del comerciante, lo que sería contrario a lo dispuesto en el artículo 769 del Código Civil que contempla la buena fe que se presume de los particulares; ello hace imprescindible que se pruebe la mala fe, a menos que exista la presunción contraria.

De igual manera, se estaría presumiendo la mala fe de las empresas, toda vez que, en los casos en los que se acuda a la jurisdicción, la autoridad siempre otorgaría la protección al consumidor por el desequilibrio existente entre las partes, sin tener en cuenta la capacidad real de negociación que este tuvo. En consecuencia, la pretensión de las empresas de hacer una negociación individual sería considerada como abusiva, al calificar la capacidad y la libertad negocial del consumidor como insuficientes para lograr un trato con el que estén de acuerdo ambas partes, sin que una voluntad prime sobre la otra.

Por otra parte, las personas que están a favor de utilizar la teoría de las cláusulas abusivas para cláusulas negociadas individualmente podrían estar en contra del argumento anterior, puesto que, si bien la regla general es presumir la buena fe, la

⁴⁹ Asociación Henri Capitant, *Vocabulario jurídico* (Buenos Aires: Depalma, 1975), 1.

ley puede establecer de manera excepcional una presunción de mala fe, como se expone en la prescripción extraordinaria contenida en el artículo 2531 del Código Civil. En ese sentido, el Código establece que el Legislador puede crear presunciones basadas en “ciertos antecedentes o circunstancias conocidas”,⁵⁰ los cuales responden, en este caso, a la desproporción existente entre la experticia y la experiencia del empresario y la razonabilidad del consumidor, puesto que no son equiparables y, por lo tanto, no habría fundamento alguno en la pretensión del comerciante para hacer una negociación individual.

Teoría de los actos propios

La teoría de los actos propios da lugar a un principio general del derecho que sienta sus bases tanto en el principio de buena fe como en la confianza que produce una serie de actos que van en la misma dirección, de modo que, al observar en detalle los actos de una parte, la otra espera futuras actuaciones en el mismo sentido; por eso, si una de las partes cambia intempestivamente el rumbo de sus acciones, sin justificación alguna, pone en duda la buena fe de su actuación.⁵¹

La postura en contra de ampliar la utilización de la teoría de las cláusulas abusivas para cláusulas negociadas individualmente se fundamenta en la razonabilidad de los consumidores que están en capacidad de negociar y han debido demostrar, durante la celebración del contrato, que están de acuerdo con su contenido. Ello hace que no sea dable que, durante la ejecución del contrato, el consumidor cambie de opinión acerca de una de las cláusulas que tuvo la posibilidad de negociar, porque corresponde a un cambio intempestivo en el rumbo de sus acciones que no tiene como fundamento un hecho desconocido, sino una disposición o cláusula de la cual tuvo acceso desde el principio de la relación contractual.

En este sentido, el Tribunal de Apelaciones de Chile, por ejemplo, ha reafirmado que, si bien la Ley de Protección al Consumidor chilena busca amparar al consumidor en lo referente a las actuaciones de las partes, la asimetría existente no es relevante, de

⁵⁰ Estados Unidos de Colombia, Congreso de la República, *Ley 84 de 1873*, “Código Civil de los Estados Unidos de Colombia” (Bogotá: *Diario Oficial* núm. 2867, 31 de mayo de 1873), art. 66.

⁵¹ Francesco Carretta Muñoz, “¿Los actos propios en el proceso civil? A propósito del principio de la buena fe procesal y su incorporación en la Ley n.º 20.886 sobre tramitación electrónica en el procedimiento civil chileno”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 35 (julio 2018): 331, DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n35.12>. (acceso julio 17, 2021).

modo que ambas partes se deben guiar por el principio de la buena fe y comportarse de acuerdo con los criterios que este impone.⁵²

La postura contraria cimienta su posición en el principio proconsumidor, en virtud del cual la doctrina de los actos propios debe emplearse de la manera menos lesiva posible. En ese orden de ideas, en caso de que se busque sancionar al consumidor por actuar de mala fe, el principio se deberá usar con mesura; además, el operador jurídico deberá comprobar que los actos desplegados sean del todo atribuibles al consumidor. En consecuencia, la obligación que tienen normalmente las partes de respetar sus actos propios se debe reducir, por tratarse de una persona que está en situación de desventaja.⁵³

6.3.4. *¿Por qué es importante restringir la utilización de las cláusulas abusivas para las estipulaciones no negociadas?*

El derecho del consumidor está diseñado para un sujeto promedio que puede acceder y analizar la información contenida en el bien o servicio prestado; aun cuando no tiene la capacidad de comprender la totalidad de estos datos, puede captar el contenido general del clausulado. De allí que se concluya que el consumidor promedio, en la legislación argentina, está siendo subestimado, porque se le asimila a una persona que no cuenta con las condiciones mentales para celebrar actos jurídicos y ser obligado a actuar según las estipulaciones acordadas por las partes, por lo que requiere protección constante por parte del Estado.

En el caso específico de Colombia, los temas relacionados con el consumidor se encuentran regulados en el Estatuto del Consumidor. La definición de las cláusulas abusivas está contenida en su artículo 42. Puesto que no existe allí un acápite que limite la utilización de la teoría de las cláusulas abusivas para las cláusulas no negociadas por las partes, no es dable al intérprete establecer un límite al uso de la teoría. No obstante, se considera que en el caso colombiano no se debe extender el empleo de la teoría de las cláusulas abusivas para las cláusulas negociadas individualmente, debido a la posición de la CSJ y a todos los argumentos que se han enunciados a lo largo de este escrito, a saber:

⁵² María Elisa Morales Ortiz, “La prohibición de ir contra acto propio como manifestación de la exigencia al consumidor de actuar conforme a los parámetros de la buena fe (Corte de Apelaciones de Santiago)”, *Revista de Derecho (Valdivia)* 27, núm. 1 (julio 2014): 250, DOI: <https://doi.org/10.4067/S0718-09502014000100011> (acceso febrero 14, 2021).

⁵³ Codomi, “Código Civil y Comercial”.

- i. La norma argentina asimila al consumidor a una persona con discapacidad, de manera que no es considerado un sujeto capaz de negociar ni de velar por sus intereses. El Estado presume la mala fe del empresario, toda vez que el consumidor no puede realizar un contrato sin que tenga una amplia protección, porque las intenciones del empresario siempre irán encaminadas a buscar un beneficio en perjuicio del consumidor.
- ii. La norma argentina va en contra del *pacta sunt servanda* y de la teoría de los actos propios, porque cambia el rumbo natural de la ejecución del contrato sin que se presente un nuevo factor que modifique lo ya aceptado por el consumidor.
- iii. Esta disposición en la normativa colombiana dotaría de inseguridad jurídica a los contratos celebrados con el consumidor de forma directa, puesto que, a pesar de brindarle la oportunidad de discutir los términos del contrato, cuenta con una protección igual a la que tendría en caso de que las cláusulas hubieran sido predispuestas por el comerciante. Esta situación es contraria a lo que ocurre en los contratos de adhesión, en los que sí es necesaria una legislación protectora y garantista de los derechos del consumidor que se encargue de evitar los abusos de los comerciantes, en virtud de la imposibilidad del consumidor para negociar el contrato, pero no por el simple hecho de que la persona no pueda velar por sus propios intereses.

Conclusiones

Si bien los derechos del consumidor son una forma de proteger a esta parte de la relación comercial ante una contraparte (empresario) que tiene un amplio conocimiento en el tema y gran poder económico, estos no pueden convertirse en un mecanismo sobreprotector que conciba al consumidor como un ser que se halla en una posición en la que es incapaz de negociar un contrato que no lo perjudique.

Ello se deriva del hecho de que la utilización de la teoría de las cláusulas abusivas a las cláusulas negociadas individualmente genera una presunción de mala fe en contra del empresario y, al mismo tiempo, desmotiva al consumidor a negociar individualmente los contratos. La afirmación anterior se fundamenta en el siguiente razonamiento: es menos oneroso para el consumidor celebrar contratos de adhesión y que el empresario reserve una parte del precio del producto o servicio para un futuro pleito judicial, que celebrar un contrato elaborado de manera individual en el que se negocian los términos de este con un empleado que se encarga del proceso de negociación, en el

que el consumidor debe destinar cierta cantidad de dinero a un futuro pleito judicial. En todo caso, será preferible para el consumidor la primera opción, puesto que el salario del empleado, así como el dinero destinado para futuros pleitos judiciales, va incluido en el precio del producto o servicio que se venda.

Así se reafirma la postura que defiende que, si bien el derecho del consumidor se encarga de proteger a los consumidores ante los grandes empresarios, no puede convertirse en una especie de blindaje por parte del Estado para que estos no lesionen sus propios intereses, pues los actos del consumidor están encaminados a celebrar el contrato tal y como se pactó; de otra manera, este podría acudir a un tercero que le brindara el producto o servicio que necesita por medio de un contrato por adhesión, debido a que sería menos oneroso.

Referencias

- Asociación Henri Capitant. *Vocabulario jurídico*. Buenos Aires: Depalma, 1975.
- Barocelli, Sergio Sebastián. “El Estado y las relaciones de consumo”. *Via Inveniendi et Iudicandi* 8, núm. 1 (junio 2013): 221-238, DOI: <https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2013.0001.08> (acceso enero 3, 2021).
- Blanco Barón, Constanza. “La información como instrumento de protección de los consumidores, los consumidores financieros y los inversionistas consumidores”. *Opinión Jurídica* 11, núm. 21 (2012): 135-152, <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/532> (acceso enero 22, 2021).
- Carretta Muñoz, Francesco. “¿Los actos propios en el proceso civil? A propósito del principio de la buena fe procesal y su incorporación en la Ley n.º 20.886 sobre tramitación electrónica en el procedimiento civil chileno”. *Revista de Derecho Privado*, núm. 35 (julio 2018): 327-47, DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n35.12> (acceso julio 17, 2021).
- Causse, Federico y Christian Pettis, dir. *Código Civil y Comercial explicado*. Tomo III: Derechos personales y derechos reales. Buenos Aires: Estudio, 2019.
- Codomí, Alfredo Mario. “Código Civil y Comercial: incidencia en materia de interpretación e integración de los contratos de consumo”. *SAIJ*, 1 de octubre de 2015. <http://www.saij.gob.ar/alfredo-mario-condomi-codigo-civil-comercial-incidencia-materia-interpretacion-integracion-contratos-consumo-dacf150529-2015-10-01/123456789-0abc-defg9250-51fcanirtcod> (acceso octubre 28, 2020).
- Cuentas Ormachea, Enrique. “El abuso del derecho”. *Derecho PUCP*, núm. 51 (diciembre 1997): 463-484, DOI: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.199701.016> (acceso febrero 10, 2021).

- Estados Unidos de Colombia, Congreso de la República. *Ley 84 de 1873*, “Código Civil de los Estados Unidos de Colombia”. Bogotá: *Diario Oficial* núm. 2867, 31 de mayo de 1873.
- Garrido Gómez, María Isabel. “Lo que queda del principio clásico *pacta sunt servanda*”. *Derecho y cambio social* 8, núm. 25 (2011): 1-8.
- Hinestrosa, Fernando. “El principio del *pacta sunt servanda* y la estipulación de intereses”. *Con-texto* núm. 12 (2001): 32-38.
- Jurio, Mirta y Ricardo Parra. “El concepto de contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación”. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* 12, núm. 45 (2015): 22-34, <https://core.ac.uk/download/pdf/296383833.pdf> (acceso marzo 7, 2021).
- Martínez Bustamante, Francisco Andrés y Jonathan Smit Santamaria. “Reseña: *Propiedad intelectual, nuevas tecnologías y derechos del consumidor. Reflexiones del derecho privado moderno*”. *Novum Jus* 15, núm. 2 (2021): 295-301, <https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/3959> (acceso febrero 26, 2021).
- Morales Ortiz, María Elisa. “La prohibición de ir contra acto propio como manifestación de la exigencia al consumidor de actuar conforme a los parámetros de la buena fe (Corte de Apelaciones de Santiago)”. *Revista de Derecho (Valdivia)* 27, núm. 1 (julio 2014): 247-251, DOI: <https://doi.org/10.4067/S0718-09502014000100011> (acceso febrero 14, 2021).
- Moreno, Emilce Noelia. “Protección del consumidor en los contratos bancarios en el Código Civil y Comercial. Prácticas y cláusulas abusivas”. *Cuadernos de doctrina judicial de la provincia de La Pampa VIII*, núm. 3 (2016).
- Perilla Granados, Juan Sebastián Alejandro. “Construcción antiformalista del consumidor medio”. *Revista de Derecho Privado*, núm. 54 (diciembre 2015): 1-22, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7249160.pdf> (acceso enero 3, 2021).
- Posada Torres, Camilo. “Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano”. *Revista de Derecho Privado*, núm. 29 (diciembre 2015): 141-82, DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n29.07> (acceso enero 3, 2021).
- República Argentina, Congreso de la Nación. *Ley 26 994 de 2014*, “Código Civil y Comercial de la Nación”. Buenos Aires: *Boletín Oficial* núm. 32 985, 8 de octubre de 2014.
- República de Colombia, Congreso de la República. *Ley 1480 de 2011*, “Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones”. Bogotá: *Diario Oficial* núm. 48 220, 12 de octubre de 2011.
- República de Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-1194 de 15 de diciembre 2008*. M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- República de Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-1547 de 21 de noviembre de 2000*. M. P. Cristina Pardo Schlesinger.
- República de Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-186 de 16 de marzo de 2011*. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

- República de Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-284 de 13 de mayo de 2015*. M. P. Mauricio González Cuervo.
- República de Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-345 de 24 de mayo de 2017*. M. P. Alejandro Linares Cantillo.
- República de Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia SU-631 de 12 de octubre 2017*. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- República de Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-167 de 11 de marzo de 2011*. M. P. Juan Carlos Henao Pérez.
- República de Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-511 de 8 de noviembre de 1993*. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. *Sentencia de 13 de diciembre de 2002, Exp. 6462*. M. P. Carlos Ignacio Jaramillo.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. *Sentencia de 2 de febrero de 2001, Exp. 5670*. M. P. Carlos Ignacio Jaramillo.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. *Sentencia de 30 de abril de 2009, Exp. 25899 3193 992 1999 00629 01*. M. P. Pedro Octavio Munar Cadena.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. *Sentencia de 8 de junio de 1999, Exp. 5157*. M. P. Nicolás Bechara Simancas.
- República de Colombia, Tribunal de Arbitramento. *Caso Concelular S. A. vs. Comcel S. A. Laudo arbitral de 1 de diciembre de 2006*.
- República de Colombia. *Constitución Política*. Bogotá: Legis, 1991.
- Rodríguez Yong, Camilo Andrés. *Una aproximación a las cláusulas abusivas*. Bogotá: Legis, 2013.
- Rossi, Jorge Oscar. “El nuevo Código y las cláusulas abusivas”. <https://camoron.org.ar/nuevas-normas/derecho-del-consumidor/el-nuevo-codigo-y-las-clausulas-abusivas/> (acceso febrero 21, 2022).
- Soto Coaguila, Carlos Alberto y Jorge Mosset Iturraspe. *El contrato en una economía de mercado*. 2ª ed. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2009.
- Villalba Cuellas, Juan Carlos. “Aspectos introductorios al derecho del consumo”. *Prolegómenos* 12, núm. 24 (2009): 77-95, DOI: <https://doi.org/10.18359/prole.2481> (acceso enero 3, 2021).
- Zapata Flórez, Jonathan, Alejandra Londoño Betancur, Daniel Gómez Sánchez, Felipe Osorio Tabares, Luis Gabriel Ladino Ayala, Santiago Velásquez Castaño, Sebastián Maya Vélez y Sebastián Sierra Suárez. “Sanciones jurídicas a la estipulación de cláusulas abusivas en los contratos por adhesión en Colombia”. *CES Derecho* 7, núm. 2 (julio-diciembre 2016): 42-54, <http://www.scielo.org.co/pdf/cesd/v7n2/v7n2a04.pdf> 2481 (acceso enero 3, 2021).