

Maria Alejandra Sanabria Vélez*

Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia)

mariaa.sanabria@urosario.edu.co

**El derecho al retracto y sus inconsistencias
dentro del ordenamiento jurídico colombiano**

*Withdrawal Right and Its Inconsistencies
Within Colombian Legal System*

*Direito de retirada e suas inconsistências
no ordenamento jurídico colombiano*

Artículo de reflexión: recibido 16/05/2022 y aprobado 24/11/2022

* ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3666-707X>

DOI:

<https://doi.org/10.18046/prec.v22.5541>

Cómo citar:

Sanabria Vélez, M. A. (2023). El derecho al retracto y sus inconsistencias dentro del ordenamiento jurídico colombiano. *Precedente*, 22, 143-175.

<https://doi.org/10.18046/prec.v22.5541>



Resumen

En Colombia, la Ley 1480 del 2011 incluye varios beneficios para los consumidores que no incorporan una relación taxativa con los límites de su ejercicio, por lo que su uso puede violar el principio *pacta sunt servanda*.

Esta ley contiene algunas prerrogativas que desbordan las relaciones de consumo, pues trae consigo vacíos jurídicos que violentan los derechos de los productores y proveedores en Colombia, como la ausencia de parámetros y límites sólidos que permitan diferenciar una relación de consumo de una relación comercial. Sin perjuicio de lo anterior, este artículo se refiere específicamente al derecho de retracto y sus consecuencias.

Se pretende estudiar si el retracto contenido en el artículo 47 de la Ley 1480 de 2011 está alineado con otras disposiciones del ordenamiento jurídico colombiano y si esta potestad desdibuja la autonomía de la voluntad de las partes. Finalmente, se proponen algunos criterios que pueden ser utilizados por el legislador para reglamentar de manera más adecuada el derecho a retracto.

Palabras clave: consumidor; consentimiento; productos y servicios estandarizados; resolución unilateral; retracto.

Abstract

In Colombia, Law 1480/2011, that establishes the *consumer statute*, includes several benefits for consumers which do not include exhaustive criteria that limit the exercise of their rights; therefore, this statute may violate the principle of *Pacta Sunt Servanda*. This law contains some prerogatives that exceed the consumption relationship, since it incorporates legal loopholes that violate the rights of producers and suppliers in Colombia. For example, absence of parameters and solid limits to allow differentiation between a consumption relationship and a business relationship. Notwithstanding the foregoing, the aim of this article is to discuss the withdrawal right and its consequences.

This article studies whether the right of withdrawal contained in article 47 of Law 1480 of 2011 is aligned with other provisions of the Colombian legal system, and if this power blurs the autonomy of the will of the parties. Finally, it proposes some criteria that may be used by the legislator, to regulate more adequately the right of withdrawal.

Keywords: Consumer; Consent; Standardized Products and Services; One-sided Resolution; Withdrawal Right.

Resumo

Na Colômbia, a Lei 1.480 de 2011 contém uma série de benefícios para os consumidores que não incluem uma relação exaustiva com os limites de seu exercício, portanto, a o exercício desses direitos pode violar o princípio de *pacta sunt servanda*. É assim que esta lei contém algumas prerrogativas que vão além das relações de consumo, pois incorpora lacunas legais que violam os direitos de produtores e fornecedores na Colômbia, como a ausência de parâmetros e limites sólidos que permitam diferenciar uma relação de consumo de uma relação comercial. Não obstante, este artigo é direcionado mais especificamente ao direito de retirada e suas consequências.

Analisaremos se o direito de retirada contido no artigo 47 da Lei 1.480 de 2011 está alinhado com outras disposições do ordenamento jurídico colombiano, e se esse poder obscurece a autonomia da vontade das partes. Por fim, serão propostos alguns critérios que poderão ser utilizados pelo legislador, para regular oportunamente o direito de recesso.

Palavras-chave: consumidor; consentimento; produtos e serviços padronizados; resolução unilateral; desistência.

Introducción

Los principios de seguridad jurídica, legalidad contractual y el *pacta sunt servanda* como elementos fundamentales de la contratación se han visto vulnerados en el camino por promover y proteger los derechos de los consumidores; el desarrollo de herramientas jurídicas como el derecho al retracto han limitado otros derechos ya incorporados en el ordenamiento jurídico colombiano.

El derecho al retracto podría desequilibrar las relaciones de consumo y comercio, dadas las consecuencias económicas cuyo ejercicio implican. El aspecto más sensible está contenido en el Estatuto del Consumidor e implica que activarlo no requiere una justificación objetiva, y por consiguiente la resolución del contrato depende únicamente de la voluntad del consumidor, por lo que queda a discreción de este último deshacer el acto jurídico de manera unilateral, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el art. 47 de la Ley 1480 de 2011.

El Estatuto del Consumidor otorga cinco días hábiles en los cuales la mera voluntad es suficiente para desligarse jurídicamente de una compra ya efectuada, aun cuando el acto que lo consagra ya ha sido perfeccionado. Esto se aplica a

todos los contratos para la venta de bienes y prestación de servicios mediante sistemas de financiación otorgada por el productor o proveedor, venta de tiempos compartidos o ventas que utilizan métodos no tradicionales o a distancia, que por su naturaleza no deban consumirse o no hayan comenzado a ejecutarse antes de cinco (5) días. (Congreso de Colombia, Ley 1480, 2011)

El objetivo de este artículo es analizar las inconsistencias del derecho al retracto frente a otras normas dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Para ello, se revisarán los antecedentes históricos, la jurisprudencia colombiana y se hará un ejercicio de derecho comparado frente al tratamiento que se le da al retracto en otros países, a fin de determinar si existen parámetros claros que delimiten las relaciones de consumo entre particulares. Por último, se proponen algunos puntos sobre los cuales se considera oportuno que la legislación colombiana profundice.

147

Contexto histórico

El desequilibrio económico como parte de las relaciones contractuales ha sido una problemática histórica, como consecuencia de la contratación o negociación

entre los extremos socioeconómicamente desiguales. Este tipo de relaciones se prestan para que la parte con posición dominante abuse de la que se encuentra en el otro lado de la relación contractual. Esto ha exigido que el Estado tome un papel mucho más activo y regule las relaciones o negocios jurídicos entre entes privados. Esta tendencia desafía la visión tradicionalista y separatista entre el derecho público y el derecho privado, cuya diferencia principal se desprende del ejercicio de la autonomía de la voluntad en las relaciones jurídicas celebradas entre entes privados y la naturaleza imperativa de las leyes que regulan las relaciones de carácter público. En palabras de Juan Jacobo Calderón:

La ley, en tanto norma de carácter obligatorio definida por la autoridad política, cuyo cumplimiento se encuentra respaldado por la coacción y de la cual no es posible separarse, es el mecanismo por el cual podrán regularse las relaciones de sujeción propias del derecho público. Por el contrario, el contrato será el instrumento privilegiado por el derecho privado a fin de permitir la libre regulación de las relaciones particulares. (Calderón, 2018, p. 10)

Aun así, el papel proteccionista del Estado comenzó a ser necesario una vez que llegó la Revolución Industrial. La producción masiva y en serie de bienes y servicios facilitó el acceso a más productos, lo que dio surgimiento a un grupo social nunca antes considerado: *los consumidores*, quienes adquieren bienes. De la mano de la industrialización, comenzaron a aparecer herramientas jurídicas en defensa de los grupos que merecen una especial protección contractual. Como bien lo menciona Carlos Ignacio Jaramillo (2015),

Ello tuvo lugar, más concretamente en los albores del pasado siglo, merced al penetrante aporte de juristas inscritos en la esfera del derecho privado y del público, por vía de dicente ejemplo, Saleilles y Duguit, respectivamente, el que se tradujo en solido pilar de la teoría de los contratos de –o por– adhesión, piedra angular de la contratación contemporánea y percutor del que ulteriormente se denominaría derecho del consumidor o del consumo... (p. 83)

La necesidad de protección a una de las partes de la relación jurídica (por encontrarse en estado de desigualdad o desventaja) con respecto a la otra (naturalmente más sólida) tiene sus antecedentes desde el siglo XX. En la Constitución de 1931, la República española llamaba a la regulación en materias

que para la época se consideraban vanguardistas, como los temas considerados en el artículo 47:

La República protegerá al campesino y a este fin legislará, entre otras materias sobre el patrimonio familiar inembargable y exento de toda clase de impuestos, crédito agrícola, indemnización por pérdida de cosechas, cooperativas de producción y consumo, cajas de prevención... (Constitución de la Republica Española, 1931)

Asimismo, las legislaciones de países como Francia e Italia comenzaron a responder a las necesidades del comercio, como consecuencia de algunas figuras como los llamados “contratos por adhesión”; documentos redactados unilateralmente por una de las partes contractuales, en cuyo clausulado no hay intervención o negociación con la otra, por lo cual esta última se limita a manifestar o negociar de manera parcial los derechos y obligaciones contenidos en el documento. Instrumentos jurídicos como los contratos de adhesión impulsaron el papel proteccionista e intervencionista del Estado, ya que se evidenció la ausencia del derecho a la igualdad material en las relaciones de carácter privado.

Dado el anterior contexto histórico, a principios del siglo XXI, diferentes países cuyo desarrollo legislativo estaba en pleno auge, como en el caso de Colombia, comienzan a entender las necesidades de intervenir en las relaciones comerciales entre personas privadas. Como consecuencia de ello, empiezan a aparecer leyes como la 155 del 24 de diciembre de 1959, “por medio de la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas” (Congreso de Colombia, Ley 155, 1959), el Decreto 3466 de 1982, “Por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones” (Presidencia de la República, Decreto 3466, 1982), hasta llegar a la Ley 1480 del 2011, “por medio de la cual se expide el Estatuto del consumidor y se dictan otras disposiciones” (Congreso de Colombia, Ley 1480, 2011).

Otras disposiciones de orden constitucional, expedidas en aras de proteger los derechos colectivos, han reconocido la importancia de que existan regulaciones legales que protejan la calidad de los bienes que circulan en el mercado, y la necesidad de que el Estado garantice la participación de los particulares

interesados, como lo establece el artículo 78 de la Constitución Política de Colombia, que dicta:

La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

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

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos. (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 78)

De este modo, la Constitución prevé la necesidad de intervención estatal en favor del consumidor, en aras de revertir su situación de desigualdad material frente a los productores y distribuidores. Sin perjuicio de ello, la Constitución no se ocupa de los posibles supuestos específicos a los cuales puede estar sometido el consumidor, por lo que llama al Estado para que cree leyes que se encarguen de desarrollar mecanismos de protección sustancial y procesal que se adapten dinámicamente a las necesidades del mercado. Esto es propio del Estado social de derecho, pues no es deber exclusivo del legislador la creación y el estudio de estas disposiciones, sino que exhorta a los consumidores a formar parte activa de la creación de mecanismos a través de una representación democrática. La Corte Constitucional también se ha pronunciado al respecto, haciendo énfasis en los derechos de orden procesal con los cuales deberían contar los consumidores:

Los derechos del consumidor no se agotan en la legítima pretensión a obtener en el mercado, de los productores y distribuidores, bienes y servicios que reúnan unos requisitos mínimos de calidad y de aptitud para satisfacer sus necesidades, la cual hace parte del contenido esencial del derecho del consumidor. 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). (Corte Constitucional de Colombia, C-1141, 2000)

Reconociendo la necesidad y la importancia de que el Estado intervenga en algunas de las relaciones jurídico-privadas, con el fin de mantener trato justo entre las partes, pues “el medio socioeconómico en el que se encuentra inmersa la sociedad moderna no permite limitar las soluciones a la problemática de los derechos de los consumidores a la política económica, sino que deberá buscar la corrección de las insuficiencias que afectan al mercado, para restablecer el equilibrio entre los poderes respectivos de los actores participantes, así como el acceso a todos los bienes y servicios con sus respectivas garantías” (Herrera, 2013, p. 37), analizaremos si las condiciones de vulnerabilidad son homogéneas para todos los consumidores y si las excepciones del derecho al retracto incorporadas en el artículo 47 son suficientes.

El Estatuto del Consumidor

Es necesario estudiar el ámbito de aplicación del Estatuto del Consumidor consagrado en la Ley 1480 de 2011, y más concretamente el derecho al retracto y su desenvolvimiento histórico en el ordenamiento jurídico colombiano. Esto, con el fin de evidenciar los motivos por los cuales esta potestad puede desembocar en una desprotección para los proveedores o productores de bienes y servicios. La naturaleza misma del Estatuto del Consumidor representa una excepción al principio civil *pacta sunt servada*, al principio que prohíbe el abuso del derecho y al de seguridad jurídica contractual.

El artículo 2 de la Ley 1480 de 2011 señala su ámbito de aplicación de la siguiente manera:

Artículo 2°. Objeto. Las normas de esta ley regulan los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores tanto sustancial como procesalmente. Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta Ley. Esta ley es aplicable a los productos nacionales e importados. (Congreso de Colombia, Ley 1480, 2011)

Este artículo es esencial por dos motivos. El primero es que posibilita entender que las regulaciones del código civil y del código de comercio no son aplicables a

los productores y proveedores cuando participen en una relación de consumo (ya que es una ley especial que prevalece sobre la general); y el segundo es que esta definición permite fijar dos criterios indispensables para aplicar el estatuto: 1. La necesidad de que la relación contractual esté delimitada dentro del concepto de “relación de consumo” y 2. El requisito indispensable de que existan partes preconcebidas como “consumidor” y “proveedor/productor” dentro de dicho acto jurídico.

El amplio y difuso concepto de *consumidor*

El ya derogado Estatuto del Consumidor, que fue expedido mediante el Decreto 3466 de 1982, definía el concepto de *consumidor* como: “Toda persona, natural o jurídica, que contrate la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado, para la satisfacción de una o más necesidades” (Presidencia de la República, Decreto 3466, 1982).¹ Sin embargo, este concepto era tan amplio que se prestaba para interpretar que todo aquel que compre un bien o servicio puede entenderse como consumidor, sin necesidad de que existan las condiciones de desigualdad que dieron origen a la protección especial que el legislador le quiso otorgar a las relaciones de consumo.

El artículo 5 de la Ley 1480 de 2011 se encarga de definir de manera más precisa el concepto de consumidor como:

Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario. (Ley 1480, 2011)

La SIC coincide con este concepto y únicamente agrega que “Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario” (Superintendencia de Industria y Comercio, s.f.).

1 “Por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones” –Derogado; citado únicamente para ofrecer contexto histórico–.

Así, el legislador amplió el ámbito de aplicación del Estatuto del Consumidor, lo que permitió que a las personas jurídicas las cubran las potestades emanadas de él, ya sean corporaciones o fundaciones de beneficencia pública. Por lo tanto, los derechos y las prerrogativas del estatus de *consumidor* también le asisten a las entidades morales, cuando participen en el acto en calidad de usuarias finales y siempre y cuando el bien o servicio objeto de contratación sea para disfrute propio. Dicha calidad de *consumidor* no se les otorga a las personas jurídicas cuando los bienes o servicios contratados formen parte de su giro central de negocio o de su actividad empresarial, como lo describe Gustavo Adolfo Beltrán Valencia;

Las personas jurídicas también pueden llegar a tener la calidad de consumidoras, cuando, como destinatarias finales, adquieren, utilizan o disfrutan un producto para satisfacer una necesidad empresarial, que no esté intrínsecamente relacionada con su actividad económica, de tal modo, que se puede presentar el caso en que un comerciante fuerte que adquiere un bien a un comerciante pequeño, este protegido por las normas de protección al consumidor, si el bien que adquirió no tenía una relación intrínseca con su actividad empresarial, en otras palabras, en un momento dado un comerciante con un gran poder de mercado, puede ampararse en las normas de protección al consumidor. (Beltrán, 2020, p. 25)

Siendo así, no podríamos decir que la calidad de consumidor la compone el único hecho de ser la parte compradora dentro del marco de un contrato, sino que se constituye en virtud de la relación que el comprador tiene con el bien o servicio que está adquiriendo, bajo el supuesto de que es el usuario final de aquel. Por eso, en una misma persona podrían recaer en paralelo las condiciones necesarias para que en una de sus relaciones jurídicas se le apliquen las leyes del código de comercio o del código civil, y en otra, en donde adquiera el bien para un disfrute propio, las normas del Estatuto del Consumidor. Dante Rusconi dice al respecto que:

el destino final implica que el acto de consumo se encuentre desprovisto de la intención de reinsertar el bien en el mercado, ya sea mediante su venta o transformación. Su análisis casuístico, implicará juzgar, como dijimos, el desequilibrio de la relación de acuerdo con un examen integral que abarque no solamente las circunstancias de carácter objetivo (el acto de consumo) sino también las condiciones de orden subjetivo (características de las partes, manejo de la información, conocimientos

técnicos, necesidad a satisfacer, etc.). Tal entendimiento permitirá abarcar categorías especiales de consumidores, tales como los subconsumidores, personas cuya subordinación se encuentra exacerbada por razones de edad, género o circunstancias de hecho, los no consumidores que son personas carecientes [sic] de acceso a los bienes esenciales de consumo; o los consumidores – empresarios, excluidos por regla general del Estatuto protectorio pero tutelados en casos especiales en los que intervienen en el mercado no como intermediarios sino como destinatarios finales de los bienes y servicios de consumo.

Claro está que la extensión del ámbito de aplicación del estatuto del consumidor a sujetos que intervienen habitualmente en el mercado como productores o proveedores deberá ser excepcional, puesto que conceptualmente y por regla axiológica, los “profesionales del mercado” estarán excluidos de aquella tutela legal equilibrante.

Propiciamos entonces el criterio hermenéutico que llamamos subordinación relacional, que sostiene el eje nuclear del sistema de consumo final, no obstante admitir un panorama inclusivo de todos los factores y posibles situaciones que contribuyen a generar el desequilibrio condicionante en el mercado de consumo moderno; panorama ese, que podrá admitir la extensión excepcional del ámbito de aplicación, frente a circunstancias que verdaderamente lo admiten en pos de obtener la justicia del caso bajo análisis. (Rusconi, 2013, pp. 116-117)

Es innegable que en el mercado existen bienes y servicios, que son de uso común, cuyas cualidades son estandarizables o que son comprados con base en catálogos con especificaciones técnicas, y que no necesariamente corresponden a la materia prima, la mercancía esencial o el artículo de comercio principal de la entidad compradora. Sin embargo, las empresas los utilizan de manera indirecta para satisfacer las necesidades de su giro de negocio. No obstante, ni el Estatuto del Consumidor ni ninguna otra disposición dentro del ordenamiento jurídico colombiano ofrece parámetros que permitan determinar para cada industria cuáles son los bienes y servicios que se entienden como inherentes a su giro comercial.

Relaciones de consumo

Dado que el Estatuto del Consumidor es una norma cuyo ámbito de aplicación se ciñe exclusivamente a las relaciones de consumo (que es el factor esencial

que determina la necesidad de dar tratamiento especial a este tipo de relaciones jurídicas), podemos preguntarnos ¿qué criterios objetivos definen la existencia de las relaciones de consumo?

La Ley 1480 de 2011 no define el concepto de “relaciones de consumo”; sin embargo, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), como entidad encargada de supervisar la aplicación al Estatuto del Consumidor, definió estas relaciones como las que “se presentan respecto de quienes adquieren un bien o servicio de productores o proveedores, para satisfacer una necesidad propia, privada, familiar o empresarial que no esté ligada intrínsecamente con su actividad económica” (Superintendencia de Industria y Comercio, 2016). Sin embargo, esta definición no ofrece con suficiencia parámetros para diferenciar las relaciones de consumo de las meramente comerciales, por lo que no delimita con exactitud el espectro de aplicación del estatuto. Por ello, debemos basarnos en el sentido general de la ley, guiándonos por las palabras clave del artículo 2 de la Ley 180 de 2011, “consumidor” y “productor, proveedor o expendedor”, y por el significado otorgado históricamente a estas palabras dentro del marco legal colombiano.

La Corte Suprema de justicia se pronunció respecto al concepto de “relación de consumo” como aquella que:

Constituye una particular categoría que surge entre quienes se dedican profesionalmente a elaborar o proveer bienes o prestar servicios con quien los adquiere con el fin de consumirlos; y es precisamente el consumidor, quien, por encontrarse en condiciones de vulnerabilidad económica y desequilibrio, es destinatario de una especial protección normativa; por supuesto que la profesionalidad del productor que lo hace experto en las materias técnicas científicas en torno de las cuales realiza su labor, su sólida capacidad económica, su vocación para contratar masivamente, las modalidades de contratación a las que acude, entre muchas otras particularidades, lo sitúan en un plano de innegable ventaja comercial que reclama la intervención de legisladores y jueces con miras a reestablecer el Equilibrio perdido. (Corte Suprema de Justicia, 2009)

Es decir, la relación de consumo se deriva de un supuesto en el que deben coincidir al menos dos factores: el primero es que la compraventa del bien o servicio se lleve a cabo con la finalidad de uso propio, familiar o empresarial (en este último caso, siempre que este no esté ligado de manera intrínseca al giro de negocio); en segundo lugar, se requiere que existan condiciones de vulnerabilidad por parte del consumidor.

Ausencia de criterios objetivos para establecer las condiciones de vulnerabilidad material en una relación de consumo

Estableciendo una noción general de lo que el ordenamiento jurídico colombiano entiende como consumidor, es imperativo determinar si existen criterios objetivos que permitan sentar las condiciones de vulnerabilidad de una persona jurídica o natural y, por consiguiente, otorgarle la calidad de consumidor. En principio, es entendible que el Estado pretenda proteger a las personas naturales que, por lo general, adquieren bienes para uso personal, que no tengan el carácter de “profesionales” sobre la totalidad de los servicios y productos que adquieren, y que carezcan de información técnica sobre los bienes adquiridos. Sin embargo, en pleno siglo XXI existen personas jurídicas cuyo conocimiento y poder de mercado es amplio, y que dentro de su organización tienen áreas de compra especializadas y dedicadas exclusivamente a la contratación de productos, que además se encargan de hacer estudios de mercado y que han definido políticas y procedimientos completos de contratación para determinar el mejor bien o servicio de acuerdo con sus necesidades y objetivos de negocio.

Es bien sabido que el identificarse como proveedor o productor de un bien o servicio implica indiscutiblemente cierto nivel de conocimiento y profesionalismo sobre los bienes objeto de contrato, de modo que, en el marco de un proceso judicial, la carga de la prueba suele recaer sobre el profesional. En palabras de Juan Carlos Díaz Restrepo, “La carga dinámica de la prueba es una regla de juicio en materia probatoria, vigente en el ordenamiento jurídico colombiano, que consiste en asignar el gravamen de probar a la parte que se encuentre en mejores condiciones para hacerlo” (Díaz, 2016, p. 202), y quien suele encontrarse en una mejor posición para entregar información es quien comercializa a diario el producto objeto del contrato.

Sin embargo, el asumir la posición de proveedor o productor no implica necesariamente un escenario de fortaleza o estabilidad financiera y económica; es decir, es perfectamente posible que las calidades de “consumidor” y de “proveedor” recaigan paralelamente en una misma persona jurídica.

Por lo anterior, podrían presentarse supuestos bajo los cuales el sentido y el fin máximo del estatuto de proteger a la parte débil ante un desequilibrio entre los extremos contractuales se pierde. Piénsese, por ejemplo, un caso en el cual un consumidor es una gran empresa, con una sólida posición financiera y con capacidad suficiente para adquirir información sobre el producto. La organización en mención celebra acuerdos comerciales con el fin de adquirir

bienes estandarizados de un proveedor más pequeño en términos relativos y con una solidez financiera inferior, caso en el cual las potestades y derechos del estatuto estarían protegiendo al extremo equivocado de la relación jurídica.

El estatuto reconoce que es imperativo que, en los casos en los que el objeto de contratación no este intrínsecamente atado al giro de negocio de la persona jurídica, no se le otorgue la calidad de consumidor al comprador. Sin embargo, este criterio parece insuficiente para determinar el ámbito de aplicación del retracto, teniendo en cuenta las modalidades de contratación descritas en el artículo 47.

Lo anterior toma aún más fuerza si consideramos que dentro del mismo sistema jurídico colombiano existen otras disposiciones que se han encargado de categorizar con suficiencia las empresas jurídicas dentro del mercado nacional por medio de criterios objetivos. De este modo lo hace la Ley 590 del 2000, “Por la cual se dictan disposiciones para promover el desarrollo de las micro, pequeñas y medianas empresas” (Congreso de Colombia, 2000) y los decretos que la reglamentan.

La Ley 590 del 2000 y el Decreto 957 del 5 de junio de 2019 establecen parámetros con los cuales se pueden categorizar de manera objetiva a las compañías en subconjuntos como micro, pequeñas, medianas y grandes empresas, tales como: (I) El valor anual de ingresos por actividades ordinarias, (II) el valor de ventas brutas anuales, (III) valor de activos totales y (IV) el número de trabajadores totales.

Otra disposición que ejemplifica la posibilidad de calificar las personas jurídicas dentro del ordenamiento de leyes colombiano en el mercado, con el fin de otorgar privilegios o beneficios según su tamaño, es la clasificación que ha hecho la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), que estableció algunos criterios de segmentación, como lo son la cantidad de unidades de valor tributario (UVT) que las empresas han percibido como ingresos anualmente, a fin de conceder beneficios fiscales y tributarios; o la clasificación de los contribuyentes que también hace la DIAN para maximizar los resultados de gestión fiscal.

Aunque estos criterios son mucho más cuantitativos que cualitativos, sirven para evidenciar el poder económico que tienen algunas personas jurídicas dentro del mercado, lo cual afecta proporcionalmente su capacidad de negociación y experticia en los diferentes productos y servicios por adquirir. Por lo tanto, en el caso del Estatuto del Consumidor, podrían utilizarse disposiciones parecidas,

por medio de las cuales el legislador confiera la carga de diligencia sobre el conocimiento del producto de manera proporcional al tamaño de la empresa o conforme a criterios que sean diseñados específicamente para este fin.

La naturaleza jurídica del derecho al retracto

El ya derogado Estatuto del Consumidor consagrado en el Decreto 3466 de 1982 es la primera norma en incorporar la figura de retracto a través del artículo 41, que establecía que este derecho era aplicable únicamente a aquellos contratos de compraventa de bienes y servicios que se ejecuten a través de sistemas de financiación, salvo contadas excepciones. Esta capacidad de retracto no era exclusiva para el consumidor, sino que cualquiera de las partes del contrato podía invocarla, lo cual nos permite al menos intuir que dicha prerrogativa se daba en protección de los dos extremos contractuales. Este derecho podía ejercerse en un término de dos días hábiles siguientes a la celebración del contrato, y el uso de dicha facultad resolvía legalmente el contrato (Presidencia de la República, Decreto 3466, 1982).²

Más adelante, la Ley 1480 de 2011 amplía las prerrogativas del consumidor e incrementa las modalidades de contratación a las que el derecho al retracto les es aplicable, como podemos observar en el artículo 47 del Estatuto del Consumidor de la siguiente manera:

Retracto. En todos los contratos para la venta de bienes y prestación de servicios mediante sistemas de financiación otorgada por el productor o proveedor, venta de tiempos compartidos o ventas que utilizan métodos no tradicionales o a distancia, que por su naturaleza no deban consumirse o no hayan comenzado a ejecutarse antes de cinco (5) días, se entenderá pactado el derecho de retracto por parte del consumidor. En el evento en que se haga uso de la facultad de retracto, se resolverá el contrato y se deberá reintegrar el dinero que el consumidor hubiese pagado.

El consumidor deberá devolver el producto al productor o proveedor por los mismos medios y en las mismas condiciones en que lo recibió. Los costos de transporte y los demás que conlleve la devolución del bien serán cubiertos por el consumidor.

² Decreto derogado –citado únicamente para ofrecer contexto histórico–.

El término máximo para ejercer el derecho de retracto será de cinco (5) días hábiles contados a partir de la entrega del bien o de la celebración del contrato en caso de la prestación de servicios... (Congreso de la República, Ley 1480, 2011, art. 47)

Por ello, siempre que se trate de las formas de contratación señaladas en el artículo 47 de la Ley 1480 de 2011, la mera voluntad del consumidor es suficiente para resolver el contrato, siempre que la manifestación de dicha voluntad se lleve a cabo en los plazos que establece el artículo. Es importante resaltar que dicha decisión no tiene que estar atada o justificada por un vicio del consentimiento o por un defecto en el producto adquirido; tampoco es necesario para el consumidor acreditar o demostrar las razones de su decisión para que nuestro sistema legal le brinde efectos jurídicos a dicho retracto.

En otros países de América Latina, como en Perú, este derecho puede ser ejercido por el consumidor, siempre que medie una justificación objetiva. El Código de Protección y Defensa del Consumidor estima en el artículo 59 el derecho a la restitución como:

El consumidor tiene derecho a la restitución inmediata de las prestaciones materia del contrato de consumo en aquellos casos en que el proveedor haya incurrido en alguna de las prácticas indicadas en el artículo 58, cualquiera sea la modalidad de contratación empleada. Para tal efecto, el consumidor cuenta con un plazo de siete (7) días calendario [...].

El derecho a la restitución se considera válidamente ejercido cuando el consumidor comunique fehacientemente al proveedor sobre ello y proceda a la devolución de los productos recibidos o solicite la interrupción del servicio contratado. Ejercido este derecho, el consumidor no asume reducción alguna del monto a ser devuelto en caso de que haya efectuado un uso normal del producto o disfrute del servicio, salvo que se haya generado un manifiesto deterioro o pérdida de su valor. Corresponde al consumidor probar la causal que sustenta su derecho a la restitución y el ejercicio de este derecho conforme a lo dispuesto en el presente artículo. (Congreso de la República de Perú, Ley 29571, 2010)

De modo que en Perú recae sobre el consumidor la necesidad de invocar una de las causales del artículo 58 del Código de Protección y Defensa del Consumidor para que la restitución tenga efectos vinculantes; la mera voluntad del comprador no deja sin efectos jurídicos el contrato. Es importante mencionar

que esta legislación reconoce la posibilidad de restitución en los casos en que los que la compraventa se realice a través de métodos comerciales agresivos o engañosos, pues esto disminuye de manera significativa la capacidad de elección por parte del consumidor.

Volviendo a la legislación colombiana, a diferencia del Decreto 3466 de 1982, el Estatuto del Consumidor consagrado en la ley 1480 de 2011 aplica para otras modalidades de contratación también amparadas con el derecho a retracto, por lo que intentaremos entender el sentido de la norma para cada una de ellas.

En primer lugar, el derecho a retracto aplica para aquellas “ventas de bienes y prestación de servicios mediante sistemas de financiación”: es decir, aquellas compras que financia el mismo proveedor/productor. Lo anterior, a fin de blindar la capacidad financiera del consumidor; si, posterior a la adquisición del bien o servicio, el consumidor se da cuenta de que su capacidad de pago no es suficiente para cumplir con las cuotas pactadas, podrá invocar el derecho a retracto.

En lo que respecta a la venta de tiempos compartidos, el artículo 24 de la Ley 2068 de 2020, ha facultado al Gobierno Nacional para reglamentar las actividades relacionadas con la comercialización de tiempos compartidos y multipropiedad, y exhorta a los proveedores y prestadores de estos servicios a proporcionar información clara, veraz y suficiente para evitar que se induzca en error al consumidor. Esta podría ser entonces la razón principal por la cual el legislador entendió como aplicable el derecho a retracto en esta modalidad de contratación, pues el consumidor queda supeditado a la información que entrega el prestador del servicio, y la misma naturaleza del contrato le impide al consumidor hacer un juicio inmediato que le permita contrastar las características del servicio ofrecido con lo realmente prestado.

Por otro lado, la Superintendencia de Industria y Comercio (2013) define *el derecho de retracto* en ventas por métodos no tradicionales o a distancia como:

El arrepentimiento del consumidor, sin consideración a asuntos relacionados con las garantías, sino con la libertad de eliminar la motivación de la compra. Es una protección que se da para algunos tipos de compras, por ser tan particulares y donde el consumidor, por regla general, no tiene contacto directo con el producto o con el proveedor del mismo.

Tras revisar cada una de las modalidades de contratación en donde el consumidor tiene el derecho de retractarse, encontramos algo en común:

pareciera que el legislador liga innegablemente la presencia física del objeto o del servicio con la voluntad o consentimiento del comprador/consumidor, tal como bien lo explica Mariana Bernal Fandiño:

El fundamento de política legislativa a que obedece la atribución de este derecho en los contratos a distancia es el compromiso a ciegas que adquiere el consumidor, pues no tiene la posibilidad de constatar las características de lo que desea adquirir como sucedería si estuviera en el establecimiento de comercio. Por esta razón, se le permite una segunda oportunidad para decidir el mantenimiento de dicho compromiso o bien arrepentirse sin tener que justificar sus motivos. El derecho de retracto permite de este modo contrarrestar la inicial desventaja contractual del consumidor, que se deriva de una información imperfecta que puede afectar la formación de su consentimiento. (Bernal, 2012, p. 52)

El derecho a retracto como condición resolutoria del contrato

En países como México, el perfeccionamiento de los contratos que admiten el retracto por parte del consumidor se da una vez el plazo para ejercer el derecho vence. Es decir, aun cuando el bien haya sido entregado, el consentimiento dado o el contrato haya sido firmado, las partes no pueden concluir que este tenga plena vigencia y fuerza jurídica hasta que el plazo señalado en el artículo 56 de la Ley Federal de Protección al Consumidor haya concluido;

ARTÍCULO 56.- El contrato se perfeccionará a los cinco días hábiles contados a partir de la entrega del bien o de la firma del contrato, lo último que suceda. Durante ese lapso, el consumidor tendrá la facultad de revocar su consentimiento sin responsabilidad alguna. La revocación deberá hacerse mediante aviso o mediante entrega del bien en forma personal, por correo registrado, o por otro medio fehaciente. La revocación hecha conforme a este artículo deja sin efecto la operación, debiendo el proveedor reintegrar al consumidor el precio pagado. En este caso, los costos de flete y seguro correrán a cargo del consumidor. Tratándose de servicios, lo anterior no será aplicable si la fecha de prestación del servicio se encuentra a diez días hábiles o menos de la fecha de la orden de compra. (Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, 1992)

Esto nos lleva a preguntarnos: ¿en Colombia el derecho a retracto también retrasa el perfeccionamiento del contrato?

Para responder esta pregunta, debemos examinar si el retracto termina una relación jurídica ya constituida o si la misma no se perfecciona de manera definitiva hasta tanto venza el plazo para que el consumidor se retracte. Es necesario estudiar bajo qué supuesto se constituye la desvinculación unilateral injustificada de un acto jurídico ya perfeccionado.

La norma general establece que el perfeccionamiento de los contratos dentro del sistema de leyes colombiano se constituye por medio de la consensualidad y, salvo contadas excepciones, los contratos se perfeccionan con el mero consentimiento de las partes. Por ello, uno de los mecanismos más comunes desde la perspectiva del comprador para dejar sin efectos un acto jurídico es cuestionar la legitimidad de su voluntad para ejecutar el negocio; es decir, alegar un vicio en su consentimiento, el cual es descrito por Pablo Andrés Garcés Vásquez (2014):

[la] manifestación de la voluntad que no deja lugar a dudas es una expresión autónoma del individuo constituido como parte dentro del negocio jurídico, es decir que tiene plenas competencias para ejercerla: tomar sus propias decisiones y asumir las consecuencias de sus actos. (Garcés, 2014, p. 26)

Por ello, el Código Civil colombiano lo valida como uno de los elementos esenciales, cuya ausencia haría que el negocio jurídico no se considere eficaz y válido.

Por esta razón, el derecho a retracto abre un debate sobre la posibilidad de que el acto jurídico se perfeccione en dos momentos diferentes para cada una de las partes de la relación contractual. Para el consumidor, el acto se perfecciona en el momento en que el proveedor acepta la venta del bien o servicio. Sin embargo, no podría decirse lo mismo desde la posición del proveedor; para este último, la certeza jurídica y su calidad de acreedor no termina de perfeccionarse hasta que el plazo al que se refiere el artículo 47 del Estatuto del Consumidor termine. Esto permite que se configure un escenario de inseguridad jurídica para los proveedores de bienes y servicios en el mercado.

En el supuesto de que el legislador ligue inherentemente la necesidad de que el comprador o consumidor tenga la capacidad y la oportunidad de percibir por medio de sus sentidos las características del bien objeto de contrato con la manifestación del consentimiento, y por consiguiente con su voluntad de participación en el negocio jurídico, esto significaría que el derecho a retracto

se convierte en una condición suspensiva del contrato. En ese caso, hasta que no se venza el plazo para ejercerlo, el derecho del vendedor de obtener su contraprestación sería suspendido. Sin embargo, este no es el caso, dado que el vencimiento del plazo para ejercer el derecho a retracto (es decir, cinco días hábiles después de la entrega física del bien) no es necesario para que se active la obligación de pago por parte del consumidor.

Teniendo en cuenta lo anterior, y dado que el Estatuto del Consumidor no ordena la necesidad de invocar alguno de estos vicios de consentimiento consagrados en el artículo 1508 del Código Civil colombiano para que el consumidor ejerza el derecho al retracto, debemos evaluar si su naturaleza concuerda con la de una condición resolutoria del contrato.

Como se ha mencionado, una vez el consumidor active el retracto, recaerá sobre sí mismo la obligación de restituir los bienes que le han sido entregados, en las mismas condiciones dadas por el proveedor; paralelo a ello, comienza a contar el plazo para que el proveedor ejecute la reversión del pago ya hecho. El legislador llama a las partes a reestablecer las condiciones precontractuales, lo cual naturalmente admite la existencia y perfeccionamiento del negocio jurídico y sus efectos. Esto coincide con la definición de *condición resolutoria*, que es aquella que, al cumplirse, extingue un derecho que ha nacido de un acto jurídico ya perfeccionado y vinculante. Varios autores, como Susana Tamayo Jaramillo y David Tamayo Restrepo, concuerdan con la teoría de que el derecho al retracto se puede definir como una condición resolutoria potestativa del contrato, dado que:

Por una parte, la protección se deriva de la existencia de un contrato previamente celebrado y de una relación de consumo, y en este caso entenderíamos que no hay ningún tipo de relación hasta que falle la condición (esto es, hasta que opere la caducidad de la posibilidad del consumidor para ejercer retracto). Por otro lado, si se tratase de una condición suspensiva, el pago efectuado por las partes de la relación de consumo (proveedor y consumidor) durante los cinco días que tiene el consumidor para ejercer el derecho de retracto, podría entenderse como un pago de lo no debido puesto que el efecto de la condición suspensiva implicaría que no nace la relación. Si esto fuese así, al no haber una relación, no es posible que haya derechos y obligaciones para las partes. (Tamayo y Tamayo, 2015)

Por lo tanto, debemos concluir, que en Colombia el retracto no retrasa el perfeccionamiento de los contratos sujetos a él, sino que más bien es una condición resolutoria que trae consigo cierto nivel de inseguridad jurídica para los proveedores y productores en el mercado.

Excepciones y limitaciones del derecho a retracto

Empezaremos por mencionar que el art. 47 contiene algunas excepciones al ejercicio del derecho a retracto, tales como:

En los contratos de prestación de servicios cuya prestación haya comenzado con el acuerdo del consumidor; (II) En los contratos de suministro de bienes o servicios cuyo precio esté sujeto a fluctuaciones de coeficientes del mercado financiero que el productor no pueda controlar; (III) En los contratos de suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor o claramente personalizados. (IV) En los contratos de suministro de bienes que, por su naturaleza, no puedan ser devueltos o puedan deteriorarse o caducar con rapidez; (V) En los contratos de servicios de apuestas y loterías; (VI) En los contratos de adquisición de bienes perecederos, (VII) En los contratos de adquisición de bienes de uso personal. (Congreso de la República, Ley 1480, 2011)

Sin embargo, esta lista no es taxativa, pues a lo largo del mismo estatuto se señalan diferentes excepciones; por ejemplo, “contratos de suministro de bienes o servicios cuyo precio esté sujeto a fluctuaciones de coeficientes del mercado financiero que el productor no pueda controlar” (Congreso de la República, Ley 1480, 2011, art. 48); “los contratos de suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor o claramente personalizados” (Congreso de la República, Ley 1480, 2011, art. 49), y finalmente “los contratos de suministro de bienes que, por su naturaleza, no puedan ser devueltos o puedan deteriorarse o caducar con rapidez” (Congreso de la República, Ley 1480, 2011, art. 50).

Por ello, podemos inferir que existen otros supuestos que deben ser considerados como excepciones al derecho a retracto, como la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización o de fácil estandarización.

Teniendo en cuenta el concepto de lo que el Estatuto y la SIC entienden como consumidor, y los derechos que le asisten como destinatario final del bien o servicio, es apenas natural preguntarnos ¿qué sucede cuando presenciamos

un contrato cuyo objeto es la adquisición de bienes o servicios que contienen características que ya conoce el comprador, pues las cualidades técnicas del producto han sido homogeneizadas en el mercado? ¿Bajo qué supuesto se justifica que el legislador considere necesario que el comprador posea el producto en sus propias manos? ¿desprotege esta situación a los proveedores y productores de bienes y servicios? ¿Sigue siendo esta una situación de desequilibrio que justifique la aplicación del derecho de retracto?

El artículo 47 admite la necesidad de proteger al proveedor cuando la relación contractual se basa en la adquisición del bien que ha sido confeccionado o hecho a la medida del comprador; es decir, aquellos bienes personalizados. Sin embargo, el supuesto opuesto (cuando las cualidades técnicas del bien o servicio son de común conocimiento) no es observado ni regulado con suficiencia, lo cual carece de sentido, pues naturalmente las partes conocen las características técnicas de los bienes o servicios.

Como es reconocido en otros ámbitos del derecho, existen bienes de fácil estandarización, que contienen características técnicas homogéneas y que, además, se adquieren mediante métodos no tradicionales, los cuales utilizan a diario grandes empresas que caen dentro de la denominación de “consumidor” de la Ley 1480 de 2011. La estandarización de los bienes o productos ha tenido un tratamiento especial en la legislación colombiana. Tan es así que, por su propia naturaleza, este tipo de productos se pueden adquirir mediante métodos especiales de contratación estatal, según la Ley 1150 de 2007, tal y como lo veremos más adelante.

Por ello, se podría decir que al no incorporar la adquisición de este tipo de bienes y servicios como una excepción al retracto se vulnera la seguridad jurídica contractual, como principio que garantiza que los derechos y obligaciones emanados de un acto jurídico tengan efectos legales. Lo mismo sucede con el principio *lex contractus, pacta sunt servanda*, contenido en el artículo 1602 del Código Civil colombiano (Ley 57, 1887), que establece que “los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales”.

Como este, podrían existir otros supuestos que no están siendo considerados dentro de las excepciones al derecho a retracto, por lo que el legislador debería acotar de manera más exhaustiva las condiciones para ejercer este derecho, en aras de regular más eficazmente su alcance y así proteger al consumidor en los casos en los que realmente se encuentra vulnerable.

El Estatuto del Consumidor frente a otras disposiciones normativas

Ahora bien, con la intención de hacer un estudio integral del ordenamiento jurídico colombiano, y procurando así encontrar puntos de referencia en otros campos del derecho, se analizará la dinámica de las transacciones entre proveedores y compradores que escapan del alcance del derecho a retracto incorporado en el artículo 47 del Estatuto.

(I) *La Ley 1150 de 2007*

Haciendo referencia a las leyes de contratación pública, a fin de contrastar herramientas que puedan ser aplicables al derecho privado, debemos mencionar la Ley 1150 de 2007, “por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos” (Congreso de la República, Ley 1150, 2007). En ella se establece una serie de disposiciones especiales para regular la adquisición de bienes y servicios estandarizados por parte de entidades públicas.

La contratación pública en Colombia es una de las relaciones jurídicas más reguladas en el país. Esto obedece a la necesidad que tiene el Estado de cuidar el patrimonio público y de establecer normas y criterios que regulen con suficiencia cada uno de los aspectos relacionados con la contratación, a fin de proteger el erario por medio de una gestión administrativa eficiente por parte de los funcionarios públicos y a través de normas claras que regulan la selección de proveedores de bienes y servicios. De este modo, se cumplen los principios generales de la contratación pública, dentro de los cuales se resaltan los de planeación y selección objetiva. Sobre este último, el Consejo de Estado afirmó que la selección objetiva:

es una regla de conducta de la actividad contractual, así como un principio que orienta los procesos de selección tanto de licitación pública como de contratación directa, y un fin, pues apunta a un resultado, el cual es la escogencia de la oferta más ventajosa para los intereses colectivos perseguidos con la contratación. (Consejo de Estado, 1992)

El marco central de la contratación pública se encuentra en la Ley 80 de 1993, “por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la

Administración Pública” (Congreso de Colombia, Ley 80, 1993) y cuyo objeto principal es definir las reglas y principios que garanticen a las entidades públicas adquirir los mejores bienes y servicios en el mercado, así como contratar con el oferente más capacitado para satisfacer las necesidades o fines estatales. Es por ello que esta ley crea diferentes esquemas de contratación, como la licitación pública, el concurso de méritos, la contratación directa, la selección abreviada y la mínima cuantía.

La licitación pública es la modalidad de contratación más recurrente y utilizada por las entidades estatales, ya que es un proceso de selección residual, pero también el modelo de contratación que más elementos y requisitos exige para su ejecución. Sin embargo, el legislador exoneró el suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización de este esquema de contratación, como se verá más adelante.

Por otro lado, el proceso de selección abreviada está definida por la Ley 1150 de 2007, artículo 2, numeral 2 como:

La selección abreviada corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que, por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual. (Congreso de la República, Ley 1150, 2007, art. 2)

Ahora bien, esta misma ley, entra a ampliar y reglamentar la Ley 80 de 1993 con el fin de establecer, entre otros temas, las causales por medio de las cuales las entidades públicas pueden contratar mediante selección abreviada. La primera de estas causales y la cual es objeto del presente artículo se encuentra en el artículo 2 – de las modalidades de la selección, numeral 2- selección abreviada, numeral a), que enuncia lo siguiente:

Serán causales de selección abreviada las siguientes: a) La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades, que corresponden a aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos. Para la adquisición de estos bienes y servicios las entidades deberán, siempre que el reglamento así lo señale, hacer uso de procedimientos de subasta inversa o de instrumentos

de compra por catálogo derivados de la celebración de acuerdos marco de precios o de procedimientos de adquisición en bolsas de productos.
(Ley 1150, 2007, art. 2)

Esto evidencia una incongruencia en el sistema de leyes colombiano. Por un lado, la Ley 1150 de 2007, que por su naturaleza debe proteger los intereses públicos y, por consiguiente, contener requisitos más exigentes como marco de contratación estatal, reconoce y diferencia con suficiencia la singularidad de estos bienes y servicios. Tanto así que permite a las entidades gubernamentales comprar a través de un proceso de contratación mucho más corto y sencillo. Sin embargo, en el ámbito privado observamos que el estatuto del consumidor, como su nombre lo indica, se encarga de regular y proteger los derechos de los consumidores, pero no admite dentro de las excepciones al derecho al retracto aquellos bienes de fácil estandarización (cuyo concepto está predefinido por ser objetos y servicios que comparten las mismas características).

La dicotomía expuesta puede obedecer a que el legislador entiende que, al tratarse de la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, no es necesario que las entidades gubernamentales ponderen previamente las características del objeto del contrato, dado que estas ya son de común conocimiento para las partes. Sin embargo, esto no se refleja en las excepciones del artículo 47 de la Ley 1480 de 2011.

(II) Determinación de la responsabilidad por daños por producto defectuoso

168

Es natural bajo el marco de un contrato que el legislador propenda a la existencia de mecanismos de protección generales hacia los compradores cuando el producto es defectuoso, pues si el bien o servicio objeto del contrato carece de las cualidades y calidades acordadas entre las partes de la relación jurídica, esto afecta directamente los intereses del comprador, lo cual genera un desequilibrio económico. El Estatuto del Consumidor define al producto defectuoso como “aquel bien mueble o inmueble que en razón de un error el diseño, fabricación, construcción, embalaje o información, no ofrezca la razonable seguridad a la que toda persona tiene derecho” (Congreso de la República, Ley 1480, 2011, art. 5). Por ello, es apenas normal que cuando esto sucede existan herramientas, como la rescisión del contrato o la reposición del objeto, que restauren el daño causado.

El ejercicio de la acción resolutoria del contrato exige un criterio objetivo para que esta se constituya. Sin embargo, incluso bajo el supuesto de que el producto no corresponde con las características del contrato, la carga de la prueba cae sobre el “afectado”, es decir, sobre el consumidor, según lo dicta el artículo 21 del Estatuto del Consumidor: “Artículo 21. Determinación de la responsabilidad por daños por producto defectuoso. Para determinar la responsabilidad, el afectado deberá demostrar el defecto del bien, la existencia del daño y el nexócausal entre este y aquel” (Congreso de la República, Ley 1480, 2011, Artículo 21).

Por lo tanto, además de una justificación objetiva (de que el producto es defectuoso), es necesario que el consumidor pruebe el hecho para que se resuelva el contrato y que el equilibrio económico se reestablezca, para volver las cosas a su estado precontractual o, en su defecto, para que se ejecuten las garantías aplicables. Sin embargo, esta es una situación paradójica, pues el derecho a retracto (el cual no exige que se invoque ningún criterio razonable, como que el producto sea defectuoso) se activa con el mero hecho de que el consumidor exprese su voluntad de resolución del contrato, y tan solo con esta acción nuestro sistema de leyes le brinda efectos jurídicos a dicha salida unilateral del contrato. Por esto, parece más fácil para el consumidor alegar un derecho a retracto que una responsabilidad por daños o bienes defectuosos, aun cuando esto implique falta de calidad en el producto.

(III) Desconocimiento de herramientas jurídicas como los acuerdos preliminares

Bajo el estudio sistemático de las leyes dentro del ordenamiento jurídico colombiano, es oportuno aludir a la existencia de herramientas precontractuales dentro del desarrollo o negociación de los acuerdos de compraventa, que en general sirven para manifestar el interés de las partes en celebrar un contrato futuro. Algunos de estos acuerdos preliminares son, por ejemplo, la carta de intención, el acuerdo de principio o el contrato de promesa de compraventa. Estos acuerdos tienen como fin plasmar la intención de las partes de obligarse a celebrar un contrato que genere futuros efectos jurídicos. Sin embargo, los acuerdos mencionados, salvo el contrato de promesa de compraventa, son manifestaciones cuya revocabilidad puede darse de manera unilateral. Como referencia Fernando Hinestrosa:

A diferencia de lo que sucede con los acuerdos preliminares: carta de intención, acuerdo de principio, puntuación, y con la oferta, que son de natural revocables, el contrato de promesa no es revocable unilateralmente. “La promesa de contrato crea a favor del destinatario de ella una situación estable, una seguridad jurídica que le da una ventaja considerable”. Las partes quedan firmemente comprometidas en los términos de la promesa, y ninguna de ellas puede desdecirse o modificar por su sola cuenta lo allá acordado. (Sabatier, 1964, como se citó en Hinestrosa, 2006, p. 37)

Ahora bien, teniendo en cuenta que las modalidades de contratación que admiten el retracto son las “ventas de bienes y prestación de servicios mediante sistemas de financiación, venta de tiempos compartidos o ventas que utilizan métodos no tradicionales o a distancia” (Congreso de la República, Ley 1480, 2011), podríamos decir que la naturaleza de estos contratos no excluye la utilización de los acuerdos preliminares. Sin perjuicio de ello, también es probable que, al menos en la venta de tiempos compartidos, este tipo de herramientas no sean comúnmente utilizadas, especialmente porque este modelo de negocio suele llevarse a cabo mediante acuerdos por adhesión a los cuales se someten los consumidores.

Por ello, el artículo 47 del Estatuto del Consumidor desconoce los instrumentos jurídicos que permiten a las partes hacer negociaciones previas, ya que precisamente en esta etapa precontractual hay lugar a que las partes efectúen un proceso de debida diligencia (*due diligence*), y este es, entonces, el momento oportuno para que alguna de las partes deje sin efectos legales las conversaciones precontractuales, sin necesidad de perfeccionar un contrato y posteriormente dejarlo sin efectos, lo que vulnera varios principios del derecho descritos a lo largo del documento.

Aun así, de acuerdo con el enunciado de Hinestrosa, el contrato de promesa de compraventa es un acuerdo preliminar, que no está sujeto a la irrevocabilidad unilateral, por lo que paradójicamente parece ofrecer más seguridad y certeza jurídica al vendedor que el contrato de compraventa en sí mismo, siempre que se celebre en el marco de una relación de consumo, pues el derecho al retracto le permite al consumidor desligarse de vínculos legalmente contraídos, sin sanción o consecuencia jurídica alguna.

Conclusiones y propuesta de la autora

Desde diferentes perspectivas se ha demostrado que el derecho al retracto no está articulado con otras disposiciones del ordenamiento jurídico colombiano; este representa una excepción o un desconocimiento de los principios civiles de contratación, ignora la existencia de herramientas precontractuales y carece de criterios objetivos para establecer lineamientos claros que permitan determinar las condiciones de vulnerabilidad del consumidor y, por tanto, la relación de consumo. Lo anterior no quiere decir que el derecho a retracto, incorporado en el artículo 47 del Estatuto del Consumidor, no sea necesario; esta prerrogativa es parte de los derechos otorgados en virtud de la desigualdad material que sufre el consumidor en la mayoría de las relaciones comerciales de las que forma parte. Sin embargo, a fin de contar con un sistema de leyes congruente, es imperativo que el Estatuto del Consumidor sea regulado con más detalle y en consideración de diferentes supuestos fácticos.

En primer lugar, existe la necesidad evidente de crear criterios de mercado que segmenten las personas jurídicas dentro del marco de las relaciones de consumo, para determinar en qué casos existe una desigualdad material y, por consiguiente, delimitar los casos en los que es posible legitimar dichas personas jurídicas como *consumidores*. Algunos de los criterios que se proponen son: (I) la capacidad organizacional, administrativa y funcional de las empresas; (II) la experiencia de negociación de la entidad; (III) la proporcionalidad de la cuantía en discusión sobre el total de compras efectuadas anualmente por el consumidor; y (IV) la existencia previa de acuerdos marco que contengan características estandarizadas del bien o servicio en el mercado.

Asimismo, es menester que el legislador cree disposiciones que identifiquen con mayor claridad las relaciones de consumo, a fin de diferenciarlas concluyentemente de las relaciones meramente comerciales.

Finalmente, las excepciones al derecho de retracto que se encuentran descritas en el artículo 47 de la Ley 1480 de 2011 no contemplan otros supuestos fácticos que podrían impactar de manera significativa la certeza jurídica para los productores y proveedores de bienes y servicios, desdibujando la autonomía de la voluntad de las partes. Por lo anterior, corresponde al legislador estudiar la viabilidad de robustecer el régimen de excepciones del derecho a retracto, a través de criterios claros y objetivos que deriven en un adecuado ejercicio de este derecho.

Referencias

- Bahamón, M. (2018). *Elementos y presupuestos de la contratación estatal*. Universidad Católica de Colombia. <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/23523/1/elementos-y-presupuestos-de-la-contratacion-estatal.pdf>
- Beltrán, G. (2020). Aplicación extensiva del derecho del consumo a relaciones jurídico- comerciales. *Revista e-Mercatoria*, 19(2), 3-34. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/7250>
- Bernal, M. (2012). Ventas a distancia y su tratamiento en el nuevo estatuto del consumidor. *Vniversitas*, 124, 43-61. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n124/n124a03.pdf>
- Calderón, J. J. (2018). *La constitucionalización del derecho privado* (tercera ed.) (E. Temis, Ed.). Universidad de los Andes.
- Código Civil. (1887). Ley 57. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=39535>
- Congreso de la República de Colombia. (28 de octubre de 1993). Ley 80. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=304>
- Congreso de la República de Colombia. (10 de julio de 2000). Ley 590. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=12672#:~:text=Créase%20el%20Fondo%20Colombiano%20de,es%20la%20financiación%20de%20proyectos%2C>
- Congreso de la República de Colombia. (16 de julio de 2007). Ley 1150. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=184686>
- Congreso de la República de Colombia. (12 de octubre 2011). Ley 1480. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=44306#:~:text=Esta%20ley%20tiene%20como%20objetivos,para%20su%20salud%20y%20seguridad>
- Congreso de la República de Colombia. (31 de diciembre 2020). Ley 2068. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=172558#:~:text=La%20presente%20ley%20tiene%20por%20objeto%20fomentar%20la%20sostenibilidad%20e,tur%C3%ADstica%2C%20a%20través%20de%20la>

- Congreso de la República de Perú. (2010). Código de Protección y Defensa del Consumidor [Ley n.º 29571]. <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20195/177451/CodigoDProteccionyDefensaDelConsumidor%5B1%5D.pdf/934ea9ef-fcc9-48b8-9679-3e8e2493354e>
- Congreso de los Estados Unidos Mexicanos. (1992). Ley Federal de Protección al Consumidor. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Federal/html/wo12974.html#:~:text=ARTÍCULO%2056.,su%20consentimiento%20sin%20responsabilidad%20alguna>
- Consejo de Estado. (20 de mayo de 1992). Sentencia del 20 de mayo de 2010. Radicado n.º 11001-03-06-000-2010-00034-00(1992).
- Constitución Política de Colombia. (1991). <http://www.secretariasenado.gov.co/constitucion-politica>
- Constitución de la República Española. (1931).
- Corte Constitucional de Colombia. (30 de agosto de 2000). Sentencia C-1141/00. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-1141-00.htm>
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (30 de abril de 2009). Sentencia del 30 de abril de 2009. <https://www.cortesuprema.gov.co>
- Díaz, J. (2016). La Carga dinámica de la prueba como modalidad de carga probatoria aplicada al ordenamiento jurídico colombiano. Vulneración a la igualdad constitucional. *Entramado*, 12(1), 202-221. <https://doi.org/10.18041/entramado.2016v12n1.23123>
- Diéguez, R. (2009). El derecho de desistimiento en el marco común de referencia. *InDret*, 2, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1418039
- Garcés, P. A. (2014). *El consentimiento, su formación y sus vicios*. I. U. Envigado.
- Herrera, B. (2013). La constitucionalización de los derechos del consumidor en Colombia: un análisis desde los derechos sociales fundamentales. *Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, 13(25), 33-48. <https://revistas.usgioarboleda.edu.co/index.php/ccsh/article/view/127/119>
- Hinestrosa, F. (2006). Contratos preparatorios, el contrato de promesa. *Revista de derecho Privado*, (11), 33-56. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/573/541>

- Jaramillo, C. (2015). *La compraventa en el derecho del consumo: comentarios generales en torno a su regulación en el nuevo estatuto del consumidor*. Grupo Editorial Ibáñez. <https://www.libreriadelau.com/la-compraventa-en-el-derecho-del-consumo-comentarios-generales-en-torno-a-su-regulacion-en-el-nuevo-estatuto-del-consumidor/p>
- Juste, J. (2002). *La protección del consumidor en la contratación a distancia. En particular, los contratos celebrados por medios electrónicos*. Consejo General del Poder Judicial y Secretaría general técnica del Ministerio de Sanidad y Consumo.
- Linares, M. (2017). *Caracterización del derecho de retracto en Colombia*. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho.
- Pabon, C. y Mora, A. (2014). Límites al ejercicio abusivo del derecho a retracto. *Revista de derecho y economía*, (41), 67-86. <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/contxto41&div=7&sid=&page=>
- Parlamento Europeo. (25 de octubre de 2011). Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo. Sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan. <https://www.boe.es/doue/2011/304/L00064-00088.pdf>
- Presidencia de la República de Colombia. (2 de diciembre de 1982). Decreto 3466. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=2764#:~:text=Dicta%20normas%20relativas%20a%20la,sus%20productores%2C%20expendedores%20y%20proveedores>
- Presidencia de la República de Colombia. (12 de agosto de 2014). Decreto 1499. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=58936>
- Presidencia de la República de Colombia. (5 de junio de 2019). Decreto 957. <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20957%20DEL%2005%20DE%20JUNIO%20DE%202019.pdf>
- Rusconi, D. D. (2013). La noción del consumidor en la Ley 1480. *Derecho del consumo. Problemáticas actuales*. Editorial Ibáñez. https://www.academia.edu/14724516/La_noci%C3%B3n_de_consumidor_en_la_Ley_1480_de_Colombia

- Sayas, R. y Tovío, J. (2015). Criterios para establecer el ámbito de aplicación del Nuevo Estatuto del Consumidor. *REVISTA VIS IURIS*, 3(2), 111-126. <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/visiuris/article/view/952/797>
- Superintendencia de Industria y Comercio. (2 de septiembre de 1996). Concepto n.º 96027242.
- Superintendencia de Industria y Comercio. (9 de mayo de 2003). Concepto 03025237.
- Superintendencia de Industria y Comercio. (2013). Concepto 13-229019-00001-0000 del 12 de 2013. https://www.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/Concepto_13_229019.pdf
- Superintendencia de Industria y Comercio. (2016). Concepto 16-230075-5-0. https://www.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/Concepto_16-230075.pdf
- Superintendencia de Industria y Comercio. (s. f.). Glosario. <https://www.sic.gov.co/glosario-gcm>
- Tamayo, S. y Tamayo, D. (2015). *EL DERECHO DE RETRACTO, ¿una condición suspensiva o resolutoria?* (Trabajo de grado presentado para optar al título de abogado). Universidad EAFIT, Escuela de Derecho. https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/8256/Susana_TamayoJaramillo_David_TamayoRestrepo_2015.pdf?sequence=2