



Revista de
Derecho
Privado

**LA GARANTÍA MÍNIMA LEGAL Y LA (DES)PROTECCIÓN
DEL CONSUMIDOR: UN ANÁLISIS COMPARATIVO
ENTRE ESTADOS UNIDOS Y COLOMBIA**

ISABELLA ARIZA BUITRAGO
MARIANA PÁEZ PAREDES

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.56.2016.08>

Universidad de los Andes
Facultad de Derecho
Rev. derecho priv. No. 56
julio - diciembre de 2016. e-ISSN 1909-7794

La garantía mínima legal y la (des)protección del consumidor: un análisis comparativo entre Estados Unidos y Colombia

Resumen

¿Es aconsejable implementar un trasplante legal de la jurisdicción norteamericana a la colombiana para proteger al consumidor? Tras una primera aproximación a las garantías que ofrecen Estados Unidos y Colombia al consumidor, el operador jurídico puede interpretar fácilmente que EE. UU. tiene un mayor alcance proteccionista, por cuanto prevé múltiples garantías en leyes codificadas, federales y estatales, mientras que Colombia enfrenta todas las problemáticas que surgen de la garantía con la ley estatutaria del consumidor y su decreto reglamentario. Sin embargo, una revisión más detenida de la legislación y la jurisprudencia estadounidenses nos permite constatar que existe una posibilidad de exoneración de responsabilidad que protege, no al consumidor, sino a los proveedores y productores.

Palabras clave: protección al consumidor, derecho comparado, derecho del consumo, garantías al consumidor, Estatuto del Consumidor, Uniform Commercial Code, Magnuson-Moss Warranty Act, Lemon laws, exclusión y exoneración de la garantía, garantía implícita, productos 'as is'.

Warranty and the (un)protection of the consumer: a comparative analysis between the USA and Colombia

Abstract

Is it advisable for Colombian law to consider introducing a legal transplant from American legislation in terms of consumer protection? A first approach to this question would ensure that the warranties offered by the American legal apparatus are far more comprehensive and protective of the consumer since federal and State laws regard the matter with great specificity. Nevertheless, a closer look to United States' and Colombian jurisprudence and legislation would lead to conclude that American distributors and producers can more easily avoid protecting the consumers.

Keywords: consumer protection law, comparative law, implicit warranty, 'as is' sales, Uniform Commercial Code, Magnuson-Moss Warranty Act, Lemon laws.

La garantía mínima legal y la (des)protección del consumidor: un análisis comparativo entre Estados Unidos y Colombia*

ISABELLA ARIZA BUITRAGO**

MARIANA PÁEZ PAREDES***

SUMARIO

Introducción – I. GARANTÍAS PARA EL CONSUMIDOR EN EE. UU. Y COLOMBIA: ¿QUIÉN BRINDA MÁS PROTECCIÓN? – A. *Exigencias de la garantía mínima legal en Colombia* – 1. Calidad – 2. Idoneidad – 3. Seguridad – B. *Desarrollo de la implicit warranty en el Uniform Commercial Code, la Magnuson-Moss Warranty Act y las Lemon Laws* – 1. Uniform Commercial Code – 2. Magnuson-Moss Warranty Act – 3. Lemon Laws – C. *Exclusión y exoneración de la garantía legal* – 1. El caso de EE. UU. – III. ESTUDIO CASUÍSTICO: LA GARANTÍA MÍNIMA LEGAL BAJO EL LENTE DE LOS JUECES – A. *Análisis de sentencias de garantía legal proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio en Colombia* – B. *Análisis de sentencias de la Court of Appeals de EE. UU.* – IV. CONCLUSIONES E IMPLICACIONES DE LA TRANSFERENCIA JURÍDICA EN COLOMBIA – Referencias.

* Cómo citar este artículo: Ariza Buitrago, I. y Páez Paredes, M. (Diciembre, 2016). La garantía mínima legal y la (des) protección del consumidor: un análisis comparativo entre EE.UU. y Colombia. *Revista de Derecho Privado*, (56). Universidad de los Andes (Colombia). <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.56.2016.08>

** Abogada cum laude y literata de la Universidad de los Andes. Correo: isabellaarizab@gmail.com

*** Abogada y antropóloga de la Universidad de los Andes. Correo: paez.marian@gmail.com

Introducción

¿De qué manera la ideología que fundamenta un Estado determina la forma en que la legislación protege la relación entre el consumidor y el mercado? ¿Hasta qué punto debe el Estado intervenir en esta relación sin llegar a limitar el libre mercado y, simultáneamente, sin ser paternalista con sus ciudadanos? ¿Se distinguen de algún modo los bienes jurídicos protegidos en los Estados Unidos de América y Colombia, y sería conveniente pensar en una transferencia jurídica en un mundo globalizado? Estas son algunas de las preguntas que dan origen a esta investigación y que serán abordadas desde una perspectiva comparada. Las garantías implícitas que contempla cada uno de los sistemas jurídicos nos darán una mirada sobre cuán proteccionista es cada uno de los Estados y por qué.

Tras una primera aproximación a las garantías que ofrecen Estados Unidos (EE. UU.) y Colombia al consumidor, el operador jurídico puede interpretar fácilmente que EE. UU. tiene un mayor alcance proteccionista por cuanto prevé múltiples garantías en leyes codificadas (Uniform Commercial Code), federales (Federal Trade Commission Act y Magnuson-Moss Warranty Act) y estatales (Lemon laws) que varían según cada estado federado, mientras que Colombia enfrenta todas las problemáticas que surgen de la garantía con la ley estatutaria del consumidor (L. 1480/11) y su decreto reglamentario (D. 735/13). Sin embargo, una revisión más detenida de la legislación y la jurisprudencia estadounidenses nos permite constatar que

existe una posibilidad de exoneración de responsabilidad que protege, no al consumidor, sino a los proveedores y productores. Nos referimos a la posibilidad de realizar ventas “tal como está” (*‘as is’*), que permite que los proveedores vendan productos que, en caso de no cumplir con un mínimo de funcionamiento, no contemplarán la garantía mínima legal.

A partir de dicha problemática, este texto busca evaluar si es procedente y pertinente la adopción de garantías de origen estadounidense en el sistema jurídico colombiano, para lo cual en las próximas páginas presentaremos (i) el desarrollo legislativo que ha tenido la garantía en las dos legislaciones, (ii) un estudio casuístico de la garantía legal en Colombia y de la *implied warranty* en EE. UU. y, por último, (iii) las implicaciones para Colombia de una transferencia legal, a partir de la cual sea posible la exoneración que trae consigo la posibilidad de realizar ventas “tal como está”. Vale aclarar que entendemos la noción de *transferencia jurídica* no como una definición que transmite el mensaje de que los problemas y soluciones legales son universales, eternos, ni que Estados Unidos debe ser una de las partes necesarias para hacer la comparación, la medida del contraste y la evaluación (Frankenberg, 1985, p. 432); más bien, se trata de un reconocimiento de que la disciplina del derecho comparado brinda una visión paralela de los sistemas legales en el mundo, con lo que se pretende perseguir una variedad de objetivos académicos y prácticos (Reimann, 2000, p. 22). Escogemos el término acuñado por el doctrinante Gunter Frankenberg (1985) porque, para él, la

transferencia jurídica se refiere a *movimientos* y es un concepto que “captura una variedad más amplia de usos que hablar de ‘trasplante’ o ‘préstamo’, y califica dichos *movimientos* como problemáticos” (p. 12). En lugar de tomarlas como socialmente simples, naturales u orgánicas, reconocemos que las transferencias jurídicas son por definición artificiales y, por ello, nos preguntaremos qué implicaciones traería para Colombia la adaptación de esta institución estadounidense. Nuestra hipótesis consiste en que, dadas las diferencias estructurales que fundamentan la visión de *mercado* y *consumidor* en uno y otro Estado, dicha transferencia no es viable y sería contraria a principios constitucionales, legales, jurisprudenciales y culturales que existen en Colombia. Es relevante realizar esta investigación para constatar las consecuencias —al menos teóricas— de adoptar un sistema de protección como el estadounidense, en el cual la garantía es regulada por las prácticas de mercado.

La metodología que empleamos es la propia de un estudio de derecho comparado, en los términos conceptuales de autores como Mauro Bussani (2013), quien establece que, a la hora de comparar instituciones jurídicas, es imposible ignorar la geopolítica de cada lugar y los actores formales —como lo es la ley— e informales —como son las prácticas del mercado—. Además, este autor recomienda considerar que “cuanto más anclada esté la ley a los

valores culturales y a las preferencias sociales de los ciudadanos, más resistente y resiliente será” (Bussani, 2013, p. 2).^{1,2} Esto resulta relevante porque los usuarios colombianos, según veremos, pueden mostrar resistencia a un cambio legislativo en detrimento de la protección que han adquirido de manera creciente a lo largo de los años en el campo del consumo. Asimismo, siguiendo la propuesta de Bussani (2013), nos encargamos de (i) realizar una lectura sistemática de la legislación vigente y de doctrina nacional que ha abordado el tema, (ii) crear dos líneas jurisprudenciales respecto del tema para cada uno de los países y (iii) establecer un paralelo entre EE. UU. y Colombia para plantear una serie de conclusiones que enriquezcan la reflexión y el actual debate sobre los derechos del consumidor en términos de garantías poscontractuales.

II. GARANTÍAS PARA EL CONSUMIDOR EN EE. UU. Y COLOMBIA: ¿QUIÉN BRINDA MÁS PROTECCIÓN?

A. Exigencias de la garantía mínima legal en Colombia

En Colombia, el Decreto 3466 de 1982 consagraba, por un lado, una garantía mínima legal presunta derivada de todos los contratos de compraventa y prestación de servicios y, por otro lado, garantías voluntarias otorgadas fa-

1. “The more the law is rooted in the cultural values and social preferences of the law-users, the more resistant and resilient it proves to be” (Bussani, 2013, p. 2).

2. Todas las traducciones de las citas textuales son nuestras.

cultativamente por productores y proveedores. El artículo 11 del decreto establecía:

Ante los consumidores, la responsabilidad por la garantía mínima presunta de que trata este artículo, recae directamente en los proveedores o expendedores, sin perjuicio de que estos puedan, a su turno, exigir el cumplimiento de dicha garantía mínima a sus proveedores o expendedores, sean o no productores,

con lo cual los proveedores bien podían adelantar la acción de repetición en contra de los productores para hacer efectiva la solidaridad, pero el consumidor no estaba legitimado para hacerlo por su propia iniciativa.

Como respuesta a lo anterior, la Sentencia C-1141 de 2000 fue hito para la defensa de los derechos de los consumidores, pues el artículo 11 fue demandado por inconstitucionalidad y la Corte Constitucional declaró exequible la estipulación únicamente si se entiende que el consumidor “puede exigir de manera directa del productor el cumplimiento de las garantías [dado que] suprimir al productor como sujeto pasivo de las acciones de garantía equivale a anular las garantías concedidas o presupuestas”. De ahí que no sea sorpresa que, una década después, la Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor) haya incluido en su artículo 5° la garantía legal, definida como una “obliga-

ción temporal, *solidaria a cargo del productor y el proveedor*, de responder por el buen estado del producto y la conformidad del mismo con las condiciones de *idoneidad, calidad y seguridad* legalmente exigibles o las ofrecidas” [cursivas añadidas]. Además de consagrar la solidaridad, es importante poner de presente que la calidad, idoneidad y seguridad de bienes y servicios son conceptos que han sido dotados de contenido tanto por la ley como por la jurisprudencia. Esto cobrará especial importancia en el estudio comparado, por cuanto la garantía implícita estadounidense no incluye estos tres requisitos, los que analizaremos a continuación.

1. Calidad

En primer lugar, la calidad se refiere a la condición de que un producto cumpla con “las características inherentes y las atribuidas por la información que sea suministrada sobre él” (Valderrama, 2014, p. 234). Según la Ley 1438 de 2011, artículo 6°,³ en lo referente a la exigibilidad de parámetros técnicos y medidas fitosanitarias, para que un producto sea declarado como uno que satisface los requisitos de calidad legales, es necesario que se cumpla con (i) el parámetro legal que establece características o calidades del producto, teniendo en cuenta que los reglamentos técnicos tienen carácter vinculante y son de obligatorio cumplimiento;⁴ (ii) la veracidad de la información

3. “En ningún caso estas podrán ser inferiores o contravenir lo previsto en reglamentos técnicos y medidas sanitarias o fitosanitarias”.

4. Paralelamente, las normas técnicas no lo son salvo que se afirme dar cumplimiento a dichos lineamientos, en cuyo caso vincularán al productor.

que se le entregó al consumidor y cualquier atributo publicitario de carácter objetivo que pueda ser considerado como información del producto (Valderrama, 2014, p. 234); y (iii) el cumplimiento de las características propias de productos similares. Se trata de un requisito que impone al productor una obligación adicional que la jurisprudencia ha definido como una responsabilidad que puede

ser deducida por el consumidor del producto o el usuario, con independencia de que exista o no un vínculo contractual directo con los primeros (...) las garantías de la calidad (...) no se ofrecen exclusivamente al primer adquirente; ellas se disponen frente a la categoría de los consumidores y usuarios. (CConst., C-1141/2000, E. Cifuentes).

Esta ampliación de la exigibilidad de la calidad demuestra no solo que el estándar es exigente, sino también que abarca a más sujetos que solo al comprador.

2. Idoneidad

En segundo lugar, el requisito de idoneidad, según Valderrama (2014, p. 240), no se refiere a las características del bien sino a la satisfacción de las necesidades del consumidor. Aquí se incluyen las finalidades específicas informadas por el proveedor al consumidor y que hayan determinado la decisión de adquisición del bien (L. 1480/2011, art. 5.6). Por ejemplo, si un consumidor adquiere un reloj de pared que tiene como fin dar la hora y ser decorativo, pero

solo cumple con ser decorativo porque siempre se adelanta cinco minutos, entonces presenta falencias en términos de idoneidad. Si el producto no cumple con la aptitud de satisfacer las necesidades para las cuales fue creado y adquirido, entonces no es idóneo. Así lo ha establecido la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) en diferentes resoluciones en las que declara la importancia de que el producto cumpla con su objeto y satisfaga las necesidades para las que fue adquirido. Situaciones como estas se evidencian en la Resolución 66573 de 2012, en la cual la SIC resuelve en contra de proveedores de autos que otorgaban servicios mecánicos postventa y los condenó con multa de 1000 smlmv por falta de claridad en cuanto a la idoneidad de sus servicios. En dicha resolución se determina que la calidad del servicio prestado era confuso, no guardaba coherencia e impedía que el consumidor supiera a ciencia cierta qué estaba adquiriendo con el precio pagado, pues no se distinguía de manera clara si la prestación del servicio era preventiva o a modo de garantía como servicio postventa. A partir de esto la SIC concluye que la idoneidad es el cumplimiento de “necesidades para las cuales [el producto o servicio] está destinado”, con lo cual se incrementa la carga tanto de información como de ejecución en cabeza del productor o proveedor.

3. Seguridad

Por último, el requisito de seguridad del bien es una contribución novedosa de la Ley 1480 de 2011, que obliga a productores y proveedores

a responder por la seguridad de los productos que ponen a disposición de los consumidores. Este elemento tuvo un amplio desarrollo histórico originalmente bajo la forma de ‘responsabilidad por producto defectuoso’. Además del mandato del artículo 78 de la Constitución Política de 1991,⁵ sentencias como la C-1141 destacaron “la responsabilidad del productor o distribuidor de un producto defectuoso [como] independiente del vínculo contractual, por lo que en materia de responsabilidad por productos defectuosos no existe el principio de la relatividad de los contratos” (Ossa, 2013, p. 247). Esta interpretación se vuelve un criterio reiterativo en la jurisprudencia, incluso de la Corte Suprema de Justicia (CSJ), que en 2009 establece una teoría general de la responsabilidad por productos defectuosos (Ossa, 2014, p. 248) y reitera que la responsabilidad de seguridad es solidaria. Esto significa que Colombia está a la vanguardia al incluir la obligación de seguridad como una obligación solidaria que debe asegurar que el producto no presenta riesgos irrazonables para la salud o la integridad por diseño incorrecto, mal de fábrica o presentación indebida (Ossa, 2014, p. 252). La seguridad del producto se consolida, entonces, como una obligación de *resultado* que ha de garantizar que el consumidor no sufrirá en su persona o en sus bienes ningún tipo de daño por causa de los productos o servicios que se

han puesto en el mercado (CSJ Civil, 2009, expediente 25899-3193-992-1999-00629-0).

Este recuento jurisprudencial es especialmente relevante si tenemos en cuenta que su desarrollo fue incorporado en la actual normativa para otorgar al consumidor un campo más amplio de acción para poder protegerse. El resultado fue, entre otros, el artículo 7° del Estatuto del Consumidor, en el que se utiliza la noción de seguridad como elemento que debe cubrir la garantía legal y se distingue del caso del producto defectuoso. Lo anterior ha generado el siguiente debate doctrinal: ¿la seguridad en la garantía implícita desplaza el régimen de responsabilidad por producto defectuoso desarrollado a lo largo de los años por las altas Cortes? o, por el contrario, ¿se trata de un mecanismo adicional que tiene el consumidor para exigir el resarcimiento? Si la inclusión de la seguridad en la garantía se entiende como mecanismo que extingue la acción de responsabilidad por producto defectuoso, se vería una desprotección para el consumidor porque la caducidad de esta última es de diez años (Código Civil, art. 2536),⁶ mientras que la de la garantía legal es de un año (Ossa, 2013, p. 257). Por tanto, y siguiendo el principio de interpretación *in dubio pro consumatore*, frente a este problema jurídico coincidimos con la corriente que ha interpretado que la Ley 1480

5. “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”. [Cursivas nuestras].

6. “La acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años. Y la ordinaria por diez (10)”.

de 2011 en el título III hace referencia a la garantía legal y sus especificaciones, mientras el título IV, por su parte, establece los parámetros referentes a la responsabilidad por producto defectuoso de forma expresa. Por ende, no se crea una acción que ampara la seguridad en detrimento de la otra porque cada una de las protecciones es aplicable en casos diferentes.

Según lo visto, tenemos que la seguridad como garantía es una protección significativa para el consumidor, por varias razones. En primer lugar, el artículo 58 de la Ley 140 de 2011, que hace referencia al ámbito procesal, dispone un proceso verbal sumario para hacer exigible la garantía legal, mientras que la responsabilidad por producto defectuoso debe hacerse por medio de proceso ordinario. Esto significa beneficios procesales para el consumidor pues el proceso verbal sumario puede adelantarse ante la SIC, es de única instancia, suele ser más expedito y no requiere de un debate probatorio de tal magnitud, como sí lo hacen los casos de producto defectuoso. En segundo lugar, dado que el producto no necesariamente debe ser defectuoso o haber causado un daño para que la garantía por seguridad sea exigible, al consumidor le basta alegar *riesgos* irrazonables para la salud o la integridad por diseño incorrecto, mal de fábrica o presentación indebida. Por ende, a pesar de no haber sufrido daños aún, el consumidor está legitimado para exigir la reparación, el cambio o —subsidiariamente— la devolución de su dinero sin tener que esperar que se le genere un perjuicio material. En tercer lugar, desde un punto de vista sociológico podemos pronosticar que el hecho de que la

garantía incluya el requisito de seguridad hace que los consumidores se acostumbren a esperarla y exigirla y, por ello, que el productor sea más riguroso con los parámetros de seguridad al poner un producto en el mercado.

B. Desarrollo de la implicit warranty en el Uniform Commercial Code, la Magnuson-Moss Warranty Act y las Lemon laws

Varias décadas antes de la expedición del Estatuto del Consumidor en Colombia, en el que nos hemos enfocado hasta ahora, en EE. UU. surgió la necesidad de establecer una base de garantía legal a partir de la insuficiencia del derecho anglosajón (*common law*). El caso *Henningsen contra Bloomfield Motor Inc.*, de 1960, estableció que existe una responsabilidad solidaria entre el distribuidor y el fabricante del producto defectuoso, con sustento en una garantía implícita del contrato de compraventa. A partir de este momento, las cláusulas de exclusión de responsabilidad pasaron a ser *unconscionable* —o abusivas— de manera que “en presencia de defectos potencialmente dañinos, el fabricante resulta objetivamente responsable, estableciendo así la garantía mínima presunta” (CSJ Civil, 2009, expediente No. 258993193-992-1999-00629-01).

1. Uniform Commercial Code

Posterior al fallo referido, la garantía implícita logra su expansión territorial gracias a su consagración en el Uniform Commercial Code (en adelante UCC) de 1952, que establece tres

subgarantías, la primera de las cuales determina lo siguiente: “Salvo que se excluya o modifique, la garantía de que los bienes serán *comercializables* está implícita en un contrato para su venta si el vendedor es un comerciante con respecto a bienes de ese tipo” (Section 2-316).⁷ [Cursivas nuestras].

Sobre el artículo transcrito cabe resaltar, por un lado, que aparece el término *merchantable* (comercializable), el cual implica que “los bienes [deben] ser aptos para los usos ordinarios para los cuales tales bienes son utilizados, y deben poder pasar en el comercio sin la objeción bajo su descripción del contrato” (Beavans, 2011, p. 67).⁸ En este sentido se asemeja al concepto colombiano de calidad, por cuanto se exige que el producto deba pasar un test mínimo de aptitud comercial. Sin embargo, el hecho de que la garantía implícita pueda ser “excluida” o “modificada” nos lleva a concluir que no es una obligación absoluta. En últimas, queda al arbitrio del proveedor decidir si excluye, modifica u otorga la garantía implícita de comerciabilidad (*implied warranty of merchantability*).

La segunda subgarantía que contempla el UCC es la aptitud para el propósito (*fitness for pur-*

pose) que, como su nombre lo indica, requiere que el producto sea apto para cumplir con su propósito particular. Se trata de una promesa de que el producto “cumplirá con ciertas especificaciones. Esta garantía es más difícil de probar que la garantía de comerciabilidad porque depende de declaraciones y entendimientos entre las partes en el momento de la venta” (Beavans, 2011, p. 68).⁹ Según lo anterior, en caso de que el vendedor le asegure al consumidor que el producto que está adquiriendo servirá para un fin específico, da origen a una garantía en virtud del conocimiento adicional que el consumidor ha suministrado sobre sus necesidades y que el vendedor, aunque fuera solo oralmente, ha aceptado. Podemos identificar una semejanza, entonces, con la característica de idoneidad que tenemos en el ordenamiento jurídico colombiano.

Por último, la tercera subgarantía implícita se denomina de buen y eficaz rendimiento (*of good and workmanlike performance*) y exige la calidad y diligencia: “[se] basa en la prestación de un servicio, no en la creación de un producto” (Beavans, 2011, p. 68).¹⁰ Si las dos primeras subgarantías contienen obligaciones de resultado, esta última parece ser de medio. En todo caso, reiteramos que la subgarantía de

7. “Unless excluded or modified, a warranty that the goods shall be *merchantable* is implied in a contract for their sale if the seller is a merchant with respect to goods of that kind.” (Section 2-316).

8. “The goods [must] be fit for the ordinary purposes for which such goods are used and that they be capable of passing in the trade without objection under their contract description” (Beavans, 2011, p. 67).

9. “Will perform to certain specifications. This warranty is harder to prove than the warranty of merchantability because it relies on statements and understandings between the parties at the time of the sale” (Beavans, 2011, p. 68).

10. “[it is] based on performing a service, not creating a product” (Beavans, 2011, p. 68).

comerciabilidad y la de aptitud para el propósito se asemejan a la garantía mínima de calidad e idoneidad, respectivamente; sin embargo, en ningún punto la exigencia de seguridad encuentra su equivalente en la legislación estadounidense. Esto será una distinción crucial que, al analizar el estudio comparado, nos permitirá sacar conclusiones importantes sobre la transferencia jurídica.

2. Magnuson-Moss Warranty Act

Las estipulaciones del UCC que hemos visto hasta ahora son apenas una de las formas en las que el ordenamiento jurídico estadounidense aborda la cuestión de las garantías; la Magnuson-Moss Warranty Act (MMWA) de 1975 es una ley federal que, respecto de la garantía implícita, establece lo siguiente:

§2308. (a) Ningún proveedor puede negar o modificar cualquier garantía implícita a un consumidor con respecto a dicho producto de consumo si (1) dicho proveedor hace una garantía escrita al consumidor con respecto al producto de consumo, o (2) al momento de la

venta, o dentro de los 90 días siguientes, dicho proveedor celebra un contrato de servicios con el consumidor que se aplica a dicho producto de consumo.¹¹

Esta barrera de protección ayuda a que los consumidores, al estar frente a una garantía escrita de cualquier tipo, puedan alegar ser acreedores de la garantía implícita también. Dado que “la venta de vehículos usados ‘tal cual están’ y otras renunciaciones de garantías implícitas son un impedimento importante para los compradores de productos defectuosos” (Frankenberg, 1985, p. 127)¹² la MMWA decidió prohibir los eximentes de responsabilidad, “por lo menos durante el plazo de cualquier garantía escrita (...) Incluso una garantía escrita muy limitada puede evitar que se nieguen las garantías implícitas” (Frankenberg, 1985, p. 127).¹³ Un ejemplo de este beneficio para el consumidor es que, dada la existencia de una garantía escrita limitada al asiento delantero de un vehículo evita exoneraciones de responsabilidad de garantía implícita sobre el vehículo entero. Sin embargo, un vehículo —y cualquier otro producto o servicio— que no cuente con una garantía escrita, no será cobijado por la MMWA.

11. § 2308. (a) No supplier may disclaim or modify (...) any implied warranty to a consumer with respect to such consumer product if (1) such supplier makes any written warranty to the consumer with respect to such consumer product, or (2) at the time of sale, or within 90 days thereafter, such supplier enters into a service contract with the consumer which applies to such consumer product.

12. “‘as is’ used car sales and other disclaimers of implied warranties are a major impediment for purchasers of defective products” (Journal of Texas Consumer Law, s. f., p. 127).

13. “at least during the term of any written warranty (...) Even a very limited written warranty can stop disclaimers of implied warranties” (Journal of Texas Consumer Law, s. f., p. 127).

3. Lemon Laws C. Exclusión y exoneración de la garantía legal

Finalmente, la tercera forma de protección al consumidor en términos de garantía está presente en las Leyes limón (*Lemon laws*), leyes estatales diseñadas para brindar a los consumidores una acción legal contra los productores que vendan mercancía defectuosa; en particular “las Leyes limón están dirigidas a los fabricantes de automóviles” (Beavans, 2011, p. 75).¹⁴ Sin embargo, “tanto las leyes federales como las estatales permiten a los fabricantes renunciar a ciertas garantías; por ejemplo, publicitar un producto para la venta ‘tal cual está’ significa que el vendedor no está brindando garantías de ningún tipo” (Beavans, 2011, p. 75).¹⁵

De nuevo, como en el UCC, la garantía implícita es susceptible de ser negada. Las Leyes limón han sido especialmente enfocadas al mercado automotor y varían según la adaptación que le dé cada estado federado pero, en todo caso, permiten la exclusión de responsabilidad. Así, vista la oferta de garantías que brindan uno y otro ordenamiento, analizaremos ahora las desventajas que surgen a la hora de su aplicación. Esto lo haremos verificando qué tan vinculante es para el proveedor ceñirse al otorgamiento de la garantía mínima al consumidor y cuáles son las posibilidades de que encuentre la forma de eximirse de dicha responsabilidad.

1. El caso de EE. UU.

A pesar del catálogo de derechos del consumidor que surgen de la garantía mínima legal, tanto en EE. UU. como en Colombia existen formas en las que el proveedor puede evitar otorgarla o exonerarse de ella. Esto es todo menos difícil de hacer, pues, como ya vimos, la *implied warranty* estadounidense puede ser excluida y modificada en los términos que contempla la sección 2-316 del UCC. En dicha sección se desarrollan seis posibilidades de excluir o modificar la garantía mínima legal: (i) las conductas tendientes a limitar o negar una garantía deben ser razonables; (ii) el lenguaje utilizado para excluir la garantía debe mencionar la palabra *merchantability* y, en caso de excluir o modificar una garantía implícita de *fitness for purpose* esta debe ser escrita y evidente; (iii) todas las garantías implícitas se excluyen con expresiones como ‘as is’ (con todos sus defectos) o similares; (iv) cuando el comprador tenga la oportunidad de examinar o probar el producto o se niegue a hacerlo no habrá garantía con respecto a los defectos de los que pudo haberse percatado con dicha prueba; (v) una garantía implícita puede ser excluida en el curso de la negociación entre comprador y vendedor; (vi) el contrato puede limitar aquello que es susceptible de ser cubierto por la garantía.

14. “Most lemon laws are aimed at automobile manufacturers” (Beavans, 2011, p. 75).

15. “Both federal and state laws allow manufacturers to disclaim certain warranties; for instance, advertising a product for sale ‘as is’ signifies that the seller is making no warranties of any kind” (Beavans, 2011, p. 75).

Según el recuento anterior, podemos constatar que el UCC contempla una cantidad exagerada de escenarios en los que el proveedor o productor puede excluir la garantía mínima legal, pero en este texto haremos especial énfasis en aquella disposición que permite a los proveedores incluir expresiones que indiquen que el producto se vende ‘as is’ o tal como está, lo cual basta para librarse de toda responsabilidad de garantizar su mínimo funcionamiento. El texto del artículo es el siguiente:

Todas las garantías implícitas quedan excluidas por expresiones como ‘tal cual está’, ‘con todos sus defectos’ u otro lenguaje que, en el entendimiento común, llame la atención del comprador sobre la exclusión de garantías y ponga de manifiesto que no hay garantía implícita. (Marsh, 1999, p. 426).¹⁶

Al decir que la exclusión puede hacerse con cualquier tipo de lenguaje comprensible para el consumidor, la ley otorga muchas libertades al proveedor y desprotege significativamente al consumidor al no delimitar una lista de situaciones taxativas.

Adicionalmente, en términos probatorios, a la hora de intentar probar que el consumidor encabeza un derecho a la garantía mínima

presunta, es él quien tiene la carga de la prueba. En efecto, la posibilidad de exonerarse de otorgar la garantía mínima legal se incrementa significativamente por cuanto es el consumidor quien debe demostrar “no solo (1) la existencia de la garantía, sino también (2) el incumplimiento, (3) la causalidad, (4) la relación contractual y (5) la notificación al fabricante (Marsh, p. 426).¹⁷

A partir de lo anterior encontramos dos problemas para el consumidor: por un lado, vemos que existen múltiples exclusiones al alcance del proveedor para negar la garantía implícita, en particular aquella que le permite la venta de productos “tal como están” y, por otro lado, en caso de querer alegar el incumplimiento de la garantía mínima presunta, el consumidor debe probarla exhaustivamente. Esto significa que la *implied warranty* pierde el estatus de ser una presunción a favor del consumidor y pasa a ser un hecho que debe ser probado por este.

En lo que respecta a la exclusión de la garantía legal colombiana, la legislación nacional es taxativa al contemplar que solo es posible hacerlo en dos escenarios. El primero es aquel en el que se trate de productos usados:

Los productos usados en los que haya expirado el término de la garantía legal

16. “All implied warranties are excluded by expressions like ‘as is’, ‘with all faults’ or other language which in common understanding calls the buyer’s attention to the exclusion of warranties and makes plain that there is no implied warranty” (Marsh, 1999, p. 426).

17. “Not only (1) the existence of a warranty but also (2) breach, (3) causation, (4) privity of contract and (5) the notice to the manufacturer” (Marsh, p. 426).

podrán ser vendidos sin garantía, circunstancia que debe ser informada y aceptada por escrito claramente por el consumidor. En caso contrario se entenderá que el producto tiene garantía de tres meses. (L. 1480/2011, art. 8).

Así, para negar el otorgamiento de la garantía mínima presunta, el proveedor debe haber informado expresamente al consumidor y haber obtenido de este una aceptación.

El segundo escenario es aquel en el que se trate de productos “imperfectos, usados, re-manufacturados, repotencializados o descontinuados” (L. 1480/2011, art. 15). Tal condición no solo debe señalarse en la etiqueta, sino que además debe probarse que el consumidor tuvo conocimiento del anuncio. En todo caso, la garantía legal será exigible frente a todo aquel deterioro que no haya sido aceptado: “cuando en la factura de venta se haya informado al consumidor el o los imperfectos y/o deterioros, la garantía legal no será exigible *con relación al imperfecto o deterioro aceptado por el consumidor*” (L. 1480/2011, art. 15). [Cursivas añadidas]. Frente a esta situación, si el consumidor llegara a tener un reclamo, puede exigir la garantía sobre todas aquellas características del producto que resulten defectuosas y que no hayan aparecido como tales en la factura de venta. Lo anterior constituye una limitación considerable a la posibilidad de negar la garantía legal, lo cual significa que en Colombia la balanza sigue estando a favor del consumidor y que, por regla general —y no como excepcionalidad—, la garantía mínima legal sobrevive.

Paralelamente, la posibilidad de exonerarse de la responsabilidad de la garantía es, en Colombia, mucho más restringida que en EE. UU. El artículo 16 de la Ley 1480 de 2011 dispone:

El productor o proveedor se exonerará de la responsabilidad que se deriva de la garantía, cuando *demuestre* que el defecto proviene de:

1. Fuerza mayor o caso fortuito;
2. El hecho de un tercero;
3. El uso indebido del bien por parte del consumidor,

Vemos que este artículo dispone que la carga de la prueba, para exonerarse de la garantía mínima legal es del proveedor, cosa que protege de manera considerable al consumidor. De hecho, es importante notar que las causales que enumera la ley son únicamente las causales tradicionales de eximentes de responsabilidad, con la siguiente adición que hace las veces de una culpa exclusiva de la víctima aún más exigente con el proveedor:

[Podrá exonerarse el productor que demuestre] que el consumidor no atendió las instrucciones de instalación, uso o mantenimiento indicadas en el manual del producto y en la garantía (...) Esta causal no podrá ser alegada si no se ha suministrado manual de instrucciones de instalación, uso o mantenimiento en idioma castellano. (L. 1480/2011, art. 16.4).

Aquí vemos que el consumidor es protegido, en un primer momento, por el hecho de que debe

manifestar estar de acuerdo con la complejidad del producto y, además, por la obligación del proveedor de incluir las instrucciones en castellano.

En el párrafo del artículo 16 se establece: “En todo caso, el productor o expendedor que alegue la causal de exoneración deberá demostrar el nexo causal entre esta y el defecto del bien” (L. 1480/2011). Con este nuevo rumbo que toma la carga de la prueba se protege al consumidor pues, por un lado, garantiza procesalmente que la parte débil del contrato de consumo sea protegida y, por otro, logra dicha protección por medio de un replanteamiento de la teoría general del proceso, dado que ya no prueba quien alega sino quien se defiende, es decir, el consumidor solo deberá demostrar el defecto del producto y el productor o proveedor queda con la carga de demostrar alguno de los eximentes de responsabilidad del artículo 16. La única exigencia formal que se le hace al consumidor es haber cumplido con un requisito previo de procedibilidad: “A la demanda deberá acompañarse la reclamación directa hecha por el demandante al productor y/o proveedor, reclamación que podrá ser presentada por escrito, telefónica o verbalmente” (L. 1480/2011, art. 58.5). Una vez efectuada esta reclamación directa —que, dicho sea de paso, exige pocas solemnidades— el consumidor queda facultado para acudir a la jurisdicción y hacer efectiva la garantía. De hecho,

el consumidor debe probar tan solo la existencia del defecto, pero no sus causas (...) la figura de la carga dinámica de la prue-

ba sin duda permitirá al juez radicar en cabeza del productor la prueba de la anterioridad del defecto, y en algunos casos de complejidad científica, trasladarle por completo la prueba del defecto, por ser quien técnicamente tiene la mejor posición para probarlo. (Villalba, 2014, p. 30).

El análisis de este acápite nos permite concluir que en términos de efectividad de la garantía legal implícita y la forma de probar su incumplimiento presentan diferencias irreconciliables entre EE. UU. y Colombia. Mientras que el productor estadounidense puede vender básicamente cualquier producto en cualquier estado y dejar que el consumidor cargue con las consecuencias de comprarlo, el consumidor colombiano tiene a su disposición un régimen de protección constitucional que pondera a su favor la disputa entre el derecho a la libre empresa y el derecho del consumidor:

La libertad de empresa (...) no es un derecho fundamental (...) El legislador no goza de libertad absoluta para configurar el régimen de los derechos de los consumidores, pues la Constitución le impone tener en cuenta, para el efecto, la protección integral establecida en su favor. (CConst., C-973/2002, A. Tafur).

Consideramos que la protección integral está siendo garantizada en Colombia pues se ha establecido una garantía mínima legal materialmente más exigente que en EE. UU., puesto que su excepcionalidad puede ser alegada de mane-

ra muy recurrente y sin que medie control alguno. Esto significa que, en términos *teóricos*, una transferencia jurídica es difícil. La pregunta sobre si es viable dicha transferencia en la *práctica* es la que abordaremos en el siguiente acápite.

III. ESTUDIO CASUÍSTICO: LA GARANTÍA MÍNIMA LEGAL BAJO EL LENTE DE LOS JUECES

A. Análisis de sentencias de garantía legal proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio en Colombia

En la Resolución 53026 de 2015, la SIC estableció que en temas de consumo, “sabido es que los productos pueden resultar dañinos y que el producto inseguro se caracteriza, precisamente, por presentar riesgos irrazonables para la salud o integridad de los consumidores en situaciones normales de uso”. Esta preocupación por garantizar la seguridad va de la mano con la búsqueda de

un equilibrio entre la atención a los intereses económicos y los sociales (...) es deber del Estado la tutela efectiva del consumidor para que este tenga acceso a las evoluciones propiciadas por la tecnología y se alcance, finalmente, su inclusión social. (SIC, R. 53026/2015).

Con este tipo de interpretaciones se demuestra que la fundamentación del Estado social de de-

recho impide ignorar que el consumidor tiene una esfera de ciudadano protegido constitucionalmente. Lo anterior es especialmente cierto si tenemos en cuenta que los conceptos y resoluciones de la SIC se refieren a una garantía legal mínima, susceptible de ser ampliada por el operador jurídico. Por ejemplo, respecto a la garantía mínima de los bienes inmuebles, la SIC declaró que esta es de diez años para la estabilidad de la obra, y de un año para los acabados, “término que no puede ser disminuido en ningún caso” (SIC, Concepto de 2014, radicado 14-124070-00003-0000). A partir de lo anterior tenemos, por un lado, a EE. UU. protegiendo la propiedad privada y la libertad del mercado y, por el otro, a Colombia velando por los derechos fundamentales del ciudadano y, en particular, de “aquellos sujetos vulnerables o que se encuentran en condiciones de desigualdad material frente a quien contrata [quienes cuentan con especial protección]” (Valbuena, 2014, p. 394).

En supuestos de hecho en los que el proveedor o productor no hace efectiva la garantía, la SIC decide salvaguardar los derechos del consumidor tras probar los hechos y, en sentencias como la del 28 de agosto de 2015, condenó y sancionó a Auteco S.A.S. En el caso, una motocicleta tuvo que ser intervenida cuatro veces por fallas mecánicas y, cuando el consumidor solicitó el cambio de la moto por una nueva,¹⁸ el proveedor se negó. La SIC fundamentó su fallo a favor del consumidor en que no era suficiente el argumento del proveedor en el que

18. Recordemos que el artículo 11 de la Ley 1480 de 2011 pone de presente que “en caso de repetirse la falla y atendiendo a la naturaleza del bien y a las características del defecto, a elección del consumidor, se procederá a *una nueva*

afirmaba que “no tenía obligación de cambiar la motocicleta debido a que los fallos fueron atendidos oportunamente realizando las reparaciones y cambio de piezas necesarias”. En todo caso, la SIC pudo comprobar que la negación de la solicitud de cambio se dio después de cuatro intentos de reparación “y, dando cumplimiento a lo dispuesto en el Estatuto del Consumidor, le ordenó cambiar la motocicleta defectuosa por una nueva de iguales o similares características a la adquirida originalmente por el consumidor” (SIC, sentencia 28 de agosto de 2015).

Un segundo caso que evidencia los esfuerzos por proteger a los consumidores por medio de la obligatoriedad de la garantía legal es el de la demanda instaurada en contra de Sony Colombia S.A. por la compra de un televisor. Este presentó fallas en tres oportunidades pero Sony Colombia S.A. “se abstuvo de hacer efectiva la garantía, argumentando que no existía ninguna falla y exigiéndole a la consumidora que *debía demostrar el daño* del televisor con fotos y videos” (SIC, sentencia 19 de junio de 2015). La consumidora aportó las evidencias de la falla pero aun así no se le hizo efectiva la garantía. Además, tuvo que cubrir con su patrimonio todos los gastos de traslado y transporte del televisor “sin que la sociedad demandada hubiera asumido dichos rubros, como lo impone

el numeral 1 del artículo 11 de la Ley 1480 de 2011” (SIC, sentencia 19 de junio de 2015). Por lo anterior, la SIC estableció que la sociedad incumplió el deber legal de garantía y sentenció al demandado a cambiar el televisor por uno nuevo de iguales o similares características, y al pago de una multa por \$32.217.500. En este caso se comprueba no solo una contravención al Estatuto sino también un abuso de la posición dominante que tenía Sony Colombia S.A. dentro de la relación de consumo, por cuanto le exigió pruebas del daño al consumidor para poder hacer exigible la garantía legal e incumplió con su obligación de cubrir los gastos de traslado del bien. Este incumplimiento abusivo del proveedor fue motivo suficiente para la decisión de la SIC.

El tercer caso que da cuenta de la protección y el esfuerzo por garantizar el cumplimiento de la garantía legal se evidencia en el caso contra Fivecon Group S.A.S., empresa que fue sancionada debido a que, a pesar de recibir 3'000.000 para tramitar el otorgamiento de un crédito a la consumidora del caso, no cumplió con su obligación (SIC, sentencia 16 de julio de 2015), situación que dicha sociedad no pudo desvirtuar al contestar la demanda. La SIC decidió fallar a favor del consumidor y garantizar el cumplimiento, ya no en una relación de contrato de compraventa, sino de un servicio.

reparación, la devolución total o parcial del precio pagado o al cambio parcial o total del bien por otro de la misma especie, similares características o especificaciones técnicas, las cuales en ningún caso podrán ser inferiores a las del producto que dio lugar a la garantía”. [Cursivas nuestras]. En contraste, debemos recordar que en el caso estadounidense de Ford Pinto, además, se evidenció la irracionalidad y desinterés con que pueden actuar los productores movidos por la relación costo-beneficio.

B. Análisis de sentencias de la Court of Appeals de EE. UU.

Con respecto a EE. UU. ya hemos resaltado que la *implicit warranty* puede ser obviada de manera sistemática cuando el proveedor cataloga que un producto se vende ‘as is’. En estos escenarios se presume que el consumidor fue informado no solo sobre el defecto particular del producto, sino que, al momento de realizar la compra, está cediendo toda posibilidad de reclamar sobre él garantía general alguna. La interpretación de la United States Court of Appeals ha mantenido una visión del mercado como bien jurídico protegido por encima de los derechos del consumidor que puedan estar siendo cercenados. Para demostrar lo anterior presentaremos cuatro casos que fueron resueltos por dicha Corte: dos del circuito séptimo y dos del circuito noveno.

En primer lugar, tenemos el caso *Nicholas S. Scaffidi, Plaintiff, v. UNITED NISSAN* (en adelante *Scaffidi v. Nissan*), de 2005, en el que Nicholas Scaffidi alegó encabezar el derecho a recibir reparación del carro que compró en un concesionario. Sin embargo, la Corte del distrito de Nevada estableció que el “lenguaje para excluir todas las garantías implícitas fue suficiente”; por su parte, Nissan argumentó que como el automóvil fue vendido ‘as is’: “there is no implied warranty as a matter of law, and therefore no breach”. Frente a esto, Scaffidi alegó que Nissan

breached its obligation of good faith and fair dealing by breaching the express and

implied warranties, misrepresenting the mechanical condition of the car, misrepresenting that the car was in perfect condition, misrepresenting that they had repaired any damage to the car, refusing to refund the purchase price of the car, and packing the sales contract with undisclosed fees.

A pesar de los argumentos del demandante, la Corte decidió en favor del proveedor, en primer lugar porque el automóvil fue vendido “tal como está”, y, en segundo lugar, porque el demandante “failed to provide evidence that the [car] was not in working mechanical condition”. La unión de factores como la inclusión de la advertencia de venta ‘as is’ y la carga de la prueba en su contra llevó a que el consumidor quedara desprotegido en este caso.

El segundo caso, también de 2005, es el de *Deborah and Kwanza HAMILTON, Plain-tiffs, v. O’CONNOR CHEVROLET, INC.*, (en adelante *Hamilton vs. Chevrolet*) resuelto por el Tribunal del Distrito Norte de Illinois. Consistió en una demanda instaurada por Deborah y Kwanza Hamilton contra Chevrolet. La Corte decidió que, como la eximente de responsabilidad estaba en letra negrilla, evidente a la vista, utilizaba un lenguaje fácil de comprender y contenía la palabra “merchantability”, la ley de Tennessee la consideraba válida y suficiente. A pesar de que el demandante alegó que la provisión contrariaba las normas de la MMWA,

the Court respectfully disagrees (...) A contract need not be read to be effective;

people who accept take the risk that the unread terms may in retrospect prove unwelcome. In fact, a blind or illiterate party (or simply one unfamiliar with the contract language) who signs the contract without learning of its contents would be bound.

Con lo expresado en la anterior cita la Corte estadounidense demuestra que su percepción del consumidor es, sobre todo, la de comprador obligado a cargar con los defectos de productos que, por falta de diligencia, no comprobó ni verificó que estuvieran en buen estado. La interpretación judicial parece no estar regida por el principio de *in dubio pro consumatore* sino que, ante la duda, será el vendedor quien tiene la probabilidad de ganar si informó, así fuera muy someramente, y sin constatar que el mensaje hubiera sido recibido, que el producto se vendía ‘as is’.

La tercera sentencia a analizar es de 2008. En ella se estudia el caso del demandante quien celebró un contrato de compraventa de una casa rodante (*motorhome*) con la compañía BMS. En su apelación, alegó que “no creyó que la exclusión de responsabilidad aplicara a su transacción puesto que fue dejada en blanco y habría sido contraria a todas las insinuaciones de garantías que le hizo BMS al comprador” (399 F.Supp.2d 860 United States

District Court, N.D. Illinois, Eastern Division. Deborah and Kwanza HAMILTON, Plaintiffs, v. O’CONNOR CHEVROLET, INC., Defendant. No. 02 C 1897. Nov. 16, 2005).¹⁹ Adicionó que antes de la compra de la casa rodante nadie le informó que se vendía ‘as is’ y que, dadas las dos garantías escritas proveídas por BMS, era imposible que negaran la garantía implícita: “BMS’s disclaimers were *inconspicuous* and *unconscionable* under state law and thus are invalid” (399 F.Supp.2d 860 United States District Court, N.D. Illinois, Eastern Division. Deborah and Kwanza HAMILTON, Plaintiffs, v. O’CONNOR CHEVROLET, INC., Defendant. No. 02 C 1897. Nov. 16, 2005). En esta oportunidad la Corte falló a favor del demandado, justamente por la garantía escrita que fue otorgada, y por ende en defensa de la MMWA. Esto indica que, a pesar de que la Corte protegió al consumidor, lo hizo exclusivamente porque BMS había contraído con él una garantía escrita explícita que, de ser negada, violaría los estándares contenidos en la MMWA.

En el último caso que analizaremos, la demandante Judy Coyne alega que se encuentra en una situación asimilable a la del caso *Patton*, en el cual “cierta obligación del distribuidor [estaba implícita] como un servicio exclusivo”,²⁰ por cuanto presentaba al distribuidor como exclusivo para hacer arreglos y reclamaciones. Sin embargo, solo se le requirió llevar

19. “Did not believe that the disclaimer clauses applied to their transaction given that it was left blank on the Illinois Standard Buyers Order, and such a disclaimer would have been contrary to all representations that [BMS] made to Plaintiffs regarding the existence of the warranties.”

20. “Some measure of obligation on the dealer [was implied] as an exclusive service”.

el producto al local del vendedor para fines de diagnóstico (*for diagnostic purposes*). Esta salvedad bastó para que la Corte concluyera que no se trató de un contrato de servicios a futuro y que, por ende, no eran aplicables las disposiciones de la MMWA: “Las renunciaciones eran suficientes para expulsar la garantía implícita de comerciabilidad [debido a que] la demandante no ha instaurado demanda contra las Demandadas, y su reclamación bajo la MMWA es, por medio de la presente, rechazada” (*Judy Coyne, Plaintiff, v. Crossville Bnr Sales, LLC and Zerteck Incorporated d/b/a/ Boat-N-RV Warehouse, Defendants*).²¹ Dado que BMS desacredita el otorgamiento de una garantía escrita, nuevamente es la carga de la prueba en cabeza del consumidor lo que impide que su caso sea resuelto de manera favorable. Con este fallo se amplía la posibilidad de interpretar la MMWA en favor del proveedor pues no se le está exigiendo ser claro sino que basta tener a un consumidor con pocas pruebas para garantizar el triunfo del vendedor.

Según hemos analizado, los productores y proveedores no están atados de ninguna manera convincente a otorgar la garantía legal. De hecho, en los cuatro casos analizados hubo alguna forma de renuncia tácita a ella, lo cual implica que esta no siempre sobrevive y que el productor puede fácilmente librarse de dicha

garantía. Lo anterior es especialmente peligroso si tenemos en cuenta que proveedores como Apple contienen en su política de garantía una salvedad que establece lo siguiente:

Esta garantía no se aplica a productos de hardware de marca que no sean de Apple o cualquier software, incluso si se empaquetan o se venden con hardware de Apple. Los fabricantes, proveedores o editores, distintos de Apple, pueden proporcionarle sus propias garantías, pero Apple, en la medida permitida por la ley, proporciona sus productos “TAL COMO ESTÁN”. (Apple, 2016, párr. 4).²²

La anterior disposición redundante en que las ventas ‘as is’ no están en lo absoluto limitadas a cierto tipo de productos (usados, deteriorados o con fallas de producción), sino que pueden extenderse a cualquier bien del mercado. En este caso particular, la excepción ‘as is’ contemplada en la garantía de Apple se aplica a productos empacados, promocionados y vendidos pero no fabricados por Apple, particularidad que es cada vez más común en un mercado especializado en el que las piezas son producidas en un lugar del mundo y son ensambladas en otro. Más peligroso aún resulta el hecho de que no es necesario comunicar esta salvedad al consumidor ni hacerlo visible

21. “The disclaimers were sufficient to expel the implied warranty of merchantability [because] plaintiff has failed to state a claim against these Defendants and her claim under the MMWA is hereby dismissed” (*Judy Coyne, Plaintiff, v. Crossville Bnr Sales, LLC and Zerteck Incorporated d/b/a/ Boat-N-RV Warehouse, Defendants*).

22. This warranty does not apply to any non-Apple branded hardware products or any software, even if packaged or sold with Apple hardware. Manufacturers, suppliers, or publishers, other than Apple, may provide their own warranties to you but Apple, insofar as permitted by law, provides their products ‘AS IS’ (Apple, 2016, párr. 4).

en la etiqueta. En esta potencial comunicación fallida, el consumidor no tendrá forma de saber que determinada partícula que está contenida en el producto vendido por Apple se vende ‘as is’ y que, por ello, todo el producto está contagiado de esta excepcionalidad. En última instancia, la garantía implícita que contempla el UCC se ve limitada por la posibilidad que tiene el proveedor de catalogar sus productos como ‘as is’ en tal grado que el consumidor estadounidense que acepte comprarlo tal cual está y con sus defectos incluidos está renunciando tácitamente a recibir garantía alguna sobre él. Respecto a este punto y a la legitimidad de renunciar de manera tácita y no expresa a un elemento del contrato como lo es la garantía, ahondaremos a continuación.

IV. CONCLUSIONES E IMPLICACIONES DE LA TRANSFERENCIA JURÍDICA EN COLOMBIA

Hemos visto a lo largo de este texto que con la implementación de las ventas “tal como está” en Colombia estaríamos regresando al imperio del principio *caveat emptor* en un sentido aún más peligroso. Esto no solo porque estaríamos validando los mandatos del Decreto 3468 de 1982 —según los cuales el productor no se hacía responsable frente al consumidor—, sino además porque el consumidor que pretenda acudir al proveedor para que responda por la garantía queda doblemente desamparado. En

efecto, si un proveedor establece una venta “tal como está”, el consumidor no podrá hacer efectiva la garantía frente a él y, adicionalmente, la posibilidad de acudir al productor en un mercado cada vez más globalizado —en el que fácilmente podría estar a kilómetros de distancia y no hablar el mismo idioma— será mínima.

En términos del análisis comparativo, concordamos con Daniel Bonilla cuando dice que las transferencias jurídicas traen inconvenientes cuando estas son “impuestas, o cuando son importadas acriticamente simplemente porque parecería que funcionan en otro contexto” (citado en Pérez, 2014). Por ende, concluimos que una ley que pretenda implementar, sin pensarlo dos veces, la regulación estadounidense respecto de la garantía en Colombia sería rápidamente declarada inconstitucional y en contra de la interpretación armónica del aparato regulador vigente. Hemos visto que las particularidades de la *implied warranty*, en términos prácticos, irían en contra del sistema jurídico colombiano —sobre todo en términos constitucionales— pues la seguridad garantizada en Colombia convive, según Oviedo (2014, p. 18),²³ con la responsabilidad objetiva que surge a partir de los productos defectuosos que está contemplada en la legislación nacional desde mucho antes del Estatuto del Consumidor, mientras que en EE. UU. la garantía implícita no considera necesario incluir la seguridad como bien jurídico susceptible de ser protegido. Por ello, la posibilidad de realizar

23. “El artículo 22 del Decreto 735 de 2013 permite expresamente su ejercicio al indicar que “el reconocimiento de la garantía por parte de los obligados o por decisión judicial no impide que el consumidor persiga la indemnización por los daños y perjuicios que haya sufrido por los mismos hechos, ante la jurisdicción ordinaria”.

una transferencia jurídica sería impedida por (i) el mandato constitucional que exige solidaridad y que, como vimos, las ventas “tal como está” pueden llegar a impedir; (ii) el mandato legal que exige “seguridad” a la hora de otorgar la garantía implícita; y (iii) la línea jurisprudencial que ha interpretado que el consumidor, sus intereses y su integridad deben ser protegidos desde todas las fuentes del derecho. Por lo anterior, reiteramos que la posibilidad de eximirse de la obligación de incluir la garantía implícita en Colombia por medio de la venta de productos “tal como está” difícilmente sobrevivirá un test de exequibilidad, porque pasar de una garantía legal implícita que permite alegar el cumplimiento de la seguridad, a otra que ignora la seguridad y que puede ser obviada por proveedores y productores, sería una desprotección que permitiría la violación potencial de los derechos de los consumidores.

Concordamos con el teórico Rodolfo Sacco (1991) cuando sugiere que solo por medio de la comparación nos hemos dado cuenta de ciertos aspectos de nuestro propio sistema jurídico, por medio del señalamiento de regularidades estructurales que de otra manera pasarían sin ser notadas (p. 5). En efecto, el análisis comparativo nos ha permitido comprobar que en el caso particular de las garantías mínimas legales —y su paralelo, las *implied warranties*—, la Ley 1480 de 11 resulta más proteccionista que la regulación estadounidense.

Los derechos rectores del consumidor en cada una de las legislaciones estudiadas distan de

ser los mismos y, por lo tanto, dificultan una homogeneización del derecho del consumo. A pesar de que los consumidores presentan necesidades similares a nivel global, no podemos obviar que los derechos que un Estado les otorga están intrínsecamente relacionados con la manera en que los concibe como ciudadanos. En el caso que nos ocupa, Colombia, como Estado social de derecho, ha interpretado los mandatos constitucionales de manera extensiva, y ha entendido que los consumidores no son un mero eslabón en la relación de consumo que pierden estatus como ciudadanos, sino que son primero ciudadanos y luego partes de contratos de consumo. Dado que es reconocido que en la relación de consumo existe una asimetría entre aquella persona que acude al mercado con el fin de satisfacer sus necesidades humanas y aquel que está en la posición de proveer soluciones, “se hace necesaria la actuación inmediata y oportuna del Estado para que se adopten las medidas correctivas y de restablecimiento en pro de su defensa” (SIC, R. 66573/2012).

Paralelamente, puesto que los consumidores son considerados un activo en la economía estadounidense, las prácticas suelen protegerlos para mantener en constante renovación el contrato de consumo. Sin embargo, la lógica de un Estado mínimo impide que la legislación se ocupe de imponer cargas legales sobre el productor o proveedor en EE. UU.:

La competencia entre las empresas (...) puede ayudar a reforzar la integridad de las transacciones de consumidores y

mejorar su satisfacción (...) La cultura de consumo de los Estados Unidos también incide en que la mayoría de los comerciantes acepten la devolución de mercancías con poca o ninguna indagación en la razón de la devolución. Por lo tanto, la combinación de las políticas liberales de devolución y restitución del cobro hecho en las tarjetas de crédito contribuyen a proporcionar protección a los consumidores. (Brand, 2014, p. 271).²⁴

Vemos, entonces, que el resultado es el mismo —o incluso mayor— a la hora de proteger efectivamente al consumidor, pero ello ocurre fundamentalmente por razones económicas y del mercado, no por justificaciones jurídicas ni obligatorias:

Fundamentalmente, hay tantas empresas, transacciones y prácticas, y la actividad económica cotidiana del país es tan inmensa, que la autoridad pública no puede hacer el trabajo adecuadamente, sin importar cuán financiado esté. *El mercado nunca puede ser vigilado adecuadamente desde arriba*. Los consumidores deben ser capaces de protegerse a sí mismos y esa capacidad es crucial

para un mercado de consumo que funcione bien. (Saunders, 2009, p. 3).²⁵

Citas como la traducida nos llevan a identificar con Correa (2014) que la mano invisible del capitalismo globalizado “sigue siendo la del máximo beneficio de la parte fuerte de la relación económica y al menor coste contabilizado posible” (p. 151). Consideraciones éticas, en este punto, no se dan “desde lo normativo sino desde los resultados” (p. 151). En cambio, la posición de consumidor en Colombia ha sido regulada y desarrollada activamente, de tal manera que se amplía el espectro de responsabilidad en cabeza del proveedor y productor, con lo cual los derechos se vuelven tangibles y exigibles no solo por una buena práctica comercial, sino sobre todo por un mandato legal. Lo anterior se demuestra en pronunciamientos de la SIC como el siguiente:

Dentro de un Estado social de derecho como el nuestro, la vulneración de un derecho colectivo como lo es el derecho de los consumidores afecta el interés general y se hace necesaria la actuación inmediata y oportuna del Estado para que se adopten las medidas correctivas y de restablecimiento en pro de su defensa. (R. 66573/2012).

24. “*Competition among businesses (...) can help bolster the integrity of consumer transactions and improve consumer satisfaction (...) US consumer culture also results in most merchants accepting the return of merchandise with limited or little question of the reason for the return. Thus, the combination of liberal return policies and credit card charge back go a long way to provide consumers with protection*” (Brand, 2014, p. 271).

25. “Fundamentally, there are so many businesses, transactions, and practices, and the day-to-day economic activity of the country is so immense, that public enforcement cannot do the job no matter how well-funded. *The market can never be policed adequately from above*. Consumers must be able to protect themselves —and that ability is crucial for a well-functioning consumer marketplace” (Saunders, 2009, p. 3).

De hecho, en Colombia vender productos “tal como están” sería una cláusula abusiva, por cuanto le permitiría “a la parte que impone el contenido del contrato (...) sustraerse de sus obligaciones irrespetando los derechos del extremo contractual cuya autonomía de la voluntad se ha reducido a aceptar o rechazar el clausulado” (Valbuena, 2014, p. 388). Es improbable que el sistema jurídico permita la inclusión de una posible cláusula abusiva que desde el año 2000 la Corte Constitucional ha intentado evitar, según la Sentencia C-1141 analizada anteriormente.

Aunque a lo largo de este texto hemos demostrado que la legislación estadounidense desprotege al consumidor en términos de exoneración de garantías legales implícitas, vale la pena reconocer que hay servicios que difícilmente podrían ser prestados sin este tipo de excepciones. Nos referimos concretamente a casos como el de Google y Facebook. Dichos sitios web solo pueden existir, suplir las necesidades de sus usuarios y cumplir con su objeto social gracias a que contienen disposiciones como las siguientes:

Ni Google ni sus proveedores ni distribuidores hace promesa alguna sobre los servicios. Por ejemplo, no hacemos ningún compromiso sobre el contenido ni su veracidad, disponibilidad o habilidad de satisfacer sus necesidades. Proveemos los productos “tal como están” (Google, 2014, Nuestras garantías...).

Valga esta oportunidad para señalar que la legislación —tanto colombiana como estadouni-

dense— está en mora con la protección de los derechos del consumidor de sitios web. Es difícil pensar en una forma íntegra de protección para las diferentes modalidades en que estos servicios son utilizados, cuando los consumidores no se limitan a un solo territorio. Este aspecto del derecho comparado nos permite reflexionar que por encontrarnos en un mundo globalizado y que se desarrolla a pasos agigantados en términos tecnológicos, el derecho debe ser lo suficientemente dinámico para adaptarse a estas novedades. Reiteramos entonces la importancia de la investigación comparada para constatar las consecuencias que traería una transferencia jurídica en términos de garantías, sobre todo porque el análisis nos permitió concluir que un sistema legal de protección como el estadounidense da prioridad a los proveedores y productores pero, en la cotidianidad del mercado, es claro que las prácticas mercantiles priorizan al consumidor como su mejor activo. Por su parte, el derecho colombiano, acorde con la Constitución y su modelo de Estado social de derecho, concibe al consumidor como ciudadano y le otorga las herramientas jurídicas necesarias para hacer efectivos sus derechos.

Referencias

1. Apple. (March 28, 2013). *Your Hardware Warranty*. Recuperado el 3 de mayo de 2016 de Apple: <http://www.apple.com/legal/warranty/products/mac-english.html>
2. Beavans. N. R. (2011). *Consumer Law & Protection: A Practical Approach for Para-*

- legals and the Public*. North Carolina: Carolina Academic Press.
3. Brand, R. D. (2014). *Transaction Planning Using Rules on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments (Pocketbooks of the Hague Academy of International Law)*. Boston: Brill – Nijhoff.
 4. Bussani, M. (2013). Comparative Law beyond the Trap of Western Positivism. En I. Cheng y S. Mancuso (Eds.), *New Frontiers of Comparative Law*. Hong Kong: Lexis Nexis.
 5. Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887.
 6. Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*.
 7. Correa Henao, M. (2014). Apuntes conclusivos y de reflexión sobre el Estatuto del Consumidor, según su estructura, sus contenidos generales, sus ámbitos de aplicación y sus alcances como norma jurídica. En C. L. Valderrama (Dir.), *Perspectivas del derecho del consumo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
 8. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1141 del 2000 (M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; agosto 30 de 2000).
 9. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-973 de 2002 (M. P.: Álvaro Tafur Galvis; noviembre 13 de 2002).
 10. Corte Suprema de Justicia. Exp. 25899 3193 992 1999 00629 01 (M. P.: Pedro Octavio Munar Cadena; abril 30 de 2009). Recuperado el 1 de mayo de 2016 de urosario: http://www.urosario.edu.co/consultorio_juridico/documentos/comercial/-sentencia-30.pdf
 11. *Deborah and Kwanza HAMILTON, Plaintiffs, v. O'CONNOR CHEVROLET, INC., Defendant*. No. 02 C 1897. Nov. 16. 399 F.Supp.2d 860 United States District Court, N.D. Illinois, Eastern Division. (2005).
 12. Decreto 735 de 2013 [Presidente de la República]. Por el cual se reglamenta la efectividad de la garantía prevista en los artículos 7° y siguientes de la Ley 1480 de 2011.
 13. Frankenberg, G. (Spring, 1985). Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law. *Harvard International Law Journal*, 26(2), 411-456.
 14. Google. (2014). *Condiciones de servicio de Google*. Recuperado el 3 de mayo de 2016 de Google: <https://www.google.com/policies/terms/>
 15. *Journal of Texas Consumer Law*. (s. f.). 12 *Reasons to Love the Magnuson-Moss Warranty Act*. Recuperado el 3 de mayo de 2016 de jtexconsumerlaw: http://www.jtexconsumerlaw.com/V11N3/JCCL_Magnuson.pdf

16. *Judy Coyne, Plaintiff, v Crossville Bnrv Sales, LLC and Zerteck Incorporated d/b/a/ Boat-N-RV Warehouse, Defendants*. No. 3:16-cv-022 Filed 03/28/2016. 2016 WL 1192848 Only the Westlaw citation is currently available. United States District Court, E.D. (2016). Tennessee, Greeneville Division.
17. Ley 1480 de 2011. Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. Octubre 12 de 2011. DO N° 48.220.
18. Marsh, G. (1999). *Consumer Protection Law in a Nutshell*. St. Paul, MN: West Group.
19. *Nicholas S. SCAFFIDI, Plaintiff, v. UNI-TED NISSAN*. Nov. 28. 425 F.Supp.2d 1172. United States District Court, D. Nevada. (2005).
20. Ossa Gómez, D. (2013). La responsabilidad civil en el Estatuto del Consumidor: Las garantías de calidad, idoneidad, y seguridad de los productos. *Revista Estudios de Derecho*, 70(156), 237-264.
21. Oviedo Vélez, M. y Moreno Vásquez, M. (2014). Remedios del consumidor frente a fallas de calidad e idoneidad del producto. *Revista de Derecho Privado*, (51).
22. Pérez, S. (2014). Tenemos que empezar a pensarnos como exportadores de conocimiento jurídico. *Diario Judicial*. Recuperado el 3 de mayo de 2016 de diariojudicial: <http://www.diariojudicial.com/nota/70576>
23. Reimann, M. (2000). Comparative law and neighbouring disciplines. En M. Bussani y U. Mattei (Eds.). *The Cambridge Companion to Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
24. Sacco, R. (1991). Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law. *The American Journal of Comparative Law*, 39(1), 1-34.
25. Saunders, L. K. (November, 2009). *Regulatory Reform and Consumer Protection: Hold Wrongdoers Accountable to the Individuals They Harm*. Washington D.C.: National Consumer Law Center.
26. Superintendencia de Industria y Comercio. (28 de agosto de 2015). Superintendencia sancionó a Auteco por no dar cumplimiento al deber legal de efectividad de la garantía. Recuperado el 3 de mayo de 2016 de Industria y Comercio: <http://www.sic.gov.co/drupal/noticias/superindustria-sanciono-a-auteco-por-no-dar-cumplimiento-al-deber-legal-de-efectividad-de-la-garantia>
27. Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto Rad. 14-124070-00003-0000. Julio 23 de 2014.
28. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 66573. Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el de apelación. Octubre 31 de 2012.
29. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 53026. Rad. 14-225281. Por la

cual se adoptan medidas definitivas sobre la comercialización y el uso de un producto para evitar que se cause daño o perjuicio a la salud e integridad de los consumidores. Agosto 31 de 2015.

30. Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia del 19 de junio de 2015. Recuperado el 3 de mayo de 2016 de Industria y Comercio: <http://www.sic.gov.co/drupal/noticias/superindustria-protegio-judicialmente-a-una-consumidora-y-sanciono-a-SONY-COLOMBIA-por-no-hacer-efectiva-la-garantia-de-un-televisor>

31. Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia del 16 de julio de 2015. Obtenido de Industria y Comercio: <http://www.sic.gov.co/drupal/noticias/por-incumplimiento-en-el-servicio-de-intermediacion-para-la-compra-de-un-vehiculo-superindustria-condena-judicialmente-a-FIVECON-GROUP-y-le-impuso-una-multa-el-día-3-de-mayo-de-2016>.

32. United States. (1975). Magnuson-Moss Warranty Act.

33. United States. (1952). Uniform Commercial Code.

34. Valbuena Quiñones, G. (2014). Reflexiones sobre el tratamiento de las cláusulas abusivas en Colombia. En C. L. Valderrama (Dir.), *Perspectivas del derecho del consumo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

35. Valderrama, C. L. (2014). De las garantías: una obligación del productor y el proveedor. En C. L. Valderrama, *Perspectivas del derecho del consumo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

36. Villalba Cuéllar, J. C. (2014). La responsabilidad por producto defectuoso en el derecho colombiano. *Civilizar*, 14(27), 17-40.