

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS

**FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
DE TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADA**

**“SOBRE LA NECESIDAD DE UNA REFORMA LEGISLATIVA A LOS
DERECHOS DEL CONSUMIDOR EN COLOMBIA”**

ALEXANDRA FORERO FORERO

Director: Dr. Hernando Acosta

Área de Investigación: Derecho Civil, Comercial Y Procesal Civil

BOGOTÁ D. C., Enero de 2007

INTRODUCCION

“La responsabilidad que tienen los consumidores de usar su poder en el mercado para eliminar los abusos y promover prácticas sanas, además de apoyar el consumo y producción sostenible, está en nuestras manos”
Consumers International

El consumo no es solo un acto personal, también consumimos como ciudadanos dentro de una colectividad. Cada uno de nosotros consume, pero el derecho del consumo está en cabeza de todos, al ser un derecho de carácter colectivo.

Cuando un consumidor individual toma una decisión sobre cómo y qué consumir, sus acciones tienen múltiples efectos. La forma como se consume puede afectar a la familia, la comunidad próxima y la sociedad como un todo. Puede afectar también al medio ambiente y el bienestar económico y social de los demás.

Los procesos de modernización actuales, de la economía y de la sociedad, obligan a hacer un examen de las alternativas que la nueva situación plantea para el Estado y la sociedad, para al final decidir la que ofrezca mejores posibilidades para poder construir un derecho del consumidor más eficaz y eficiente.

Frente al Estado, el creciente desarrollo de la economía, le impone la necesidad de definir términos viables y mutuamente beneficiosos de coexistencia y de cooperación para las partes que intervienen en la relación de consumo. Los consumidores, parte importante de la sociedad y fundamental del mercado, les corresponde la tarea de crear y desarrollar una cultura de consumo, una educación que lo haga idóneo y poseedor de una actitud crítica y activa en el intercambio, para impactar de manera positiva demandando más información, para estimular la libre competencia y el bienestar de la comunidad. La efectiva prevención de los consumidores, se encuentra de la mano de la adecuada educación e información que se le debe dar al consumidor, para hacerlo un

consumidor que pueda reconocer de la mejor manera los mejores bienes y servicios que le ofrece el mercado.

Ahora bien, este trabajo es un esfuerzo por crear conciencia de la necesidad de un cambio en la actual normatividad de protección al consumidor vigente en el país, la cual fue expedida en un esquema económico totalmente diferente al de hoy en día, que amerita un estudio y análisis más profundo y detenido.

Inicialmente se analizarán aspectos generales integrantes del derecho del consumidor con el fin de contextualizar la tesis y el debate sobre la necesidad de un nuevo estatuto. Para el efecto, y como complemento de lo anterior, también se hará un estudio del desarrollo que ha tenido el desarrollo del consumidor en el ámbito internacional y a nivel de organismos internacionales.

Este contexto internacional servirá de guía para adentrarnos en el análisis del tema de la protección al consumidor en nuestro país, cómo ha sido el desarrollo histórico y jurídico del tema deteniéndonos en el tratamiento constitucional, legal y analizando los procedimientos administrativos con los que cuentan los consumidores y que desarrolla la Superintendencia de Industria y Comercio, y profundizando las acciones jurisdiccionales presentando sus aspectos más importantes y las desventajas que desde ya anuncio presentan.

Ya observado el panorama nacional de protección al consumidor y cuestionada la real eficacia y eficiencia, se pasará a hacer un análisis detallado de todos los derechos que tienen los consumidores consagrados en la doctrina y legislación internacional tales como derecho a la protección de la vida, la seguridad, la salud, la información, a la educación, etc. Y de cómo se desarrollan cada uno de estos derechos en la reglamentación nacional y algunos ejemplos del desarrollo de estos derechos en otros países.

Todo este estudio tiende a comprobar y demostrar que la actual normatividad del Consumidor es totalmente anacrónica, insuficiente e ineficiente, al no reglamentar

muchos de los temas que son de vital importancia para todos los consumidores, y al no consagrar mecanismos y procedimientos que permitan a los consumidores el resarcimiento de los perjuicios que les son causados, por vías distintas a la jurisdiccional, que causa tantos inconvenientes a los consumidores como se analizará a lo largo de este trabajo.

Un cambio de legislación, una modernización del orden legal, la creación de mejores condiciones para la reclamación de los derechos del consumidor, contribuirán en crear conciencia y educación en la comunidad con el fin de lograr una defensa efectiva de los derechos de todos nosotros que tenemos la calidad de consumidores.

OBJETIVOS

Generales

- Problematizar de manera comparativa la validez y eficacia del actual régimen jurídico actual de protección al consumidor.
- Determinar los principios, la articulación, las ventajas y desventajas que presenta ese mismo régimen del consumo con el código civil y el código de comercio.
- Establecer por qué es necesaria una nueva normatividad que proteja los derechos del consumidor; y de manera consecuente, proponer un planteamiento de reforma legislativa, o de ser el caso, de un nuevo Estatuto nacional sobre el tema.

Específicos

- Profundizar en el conocimiento de la normatividad, aplicación, jurisprudencia y desarrollos doctrinarios nacionales, sobre la protección al consumidor.
- Determinar las falencias sustanciales, procesales y de aplicabilidad del sistema de protección al consumidor en Colombia.
- Realizar un estudio de Derecho internacional y comparado en materia de protección al consumidor.
- Evidenciar puntos estratégicos a desarrollar que deberían hacer parte de una nueva legislación en materia del derecho del consumo en Colombia.

TABLA DE CONTENIDO

Introducción

Objetivos

Tabla de Contenido

Primer Capitulo

Concepto, Generalidades y Orígenes del Derecho del Consumidor

1.1. Concepto del derecho del consumo	
.....	8
1.2. Generalidades del derecho del	
consumo.....	12
1.3. Orígenes y entorno	
mundial.....	16
a. La protección al consumidor en los Estados Unidos de	
Norteamérica.....	17
b. La protección al consumidor en	
Europa.....	20
c. La protección al consumidor a nivel	
Internacional.....	22
1. Consumers Internacional	
.....	23
2. La	
ONU.....	23
3. La OCDE	
.....	28
4. La Unión Europea	
.....	32
5. El Pacto Andino	
.....	34
6. El Mercosur	
.....	37

Segundo Capítulo

Panorama del Consumidor en Colombia

2.1. La protección del consumidor en Colombia.....	40
2.2. La Constitución política de 1991 y los derechos del consumidor.....	47
a. Relación entre los derechos fundamentales y derecho del consumo	48
b. La consagración de la libre autonomía privada, como fuente del derecho negocial y su incidencia en el derecho del consumidor	50
c. Los límites constitucionales de la libre iniciativa privada.....	50
2.3. La actual normatividad colombiana en materia de protección al consumidor.....	53
2.4. Mecanismos de protección al consumidor	54
a. Protección administrativa al consumidor	54
b. Protección Judicial al consumidor	59
1. Ante el Juez Penal	59
2. Ante el Juez Civil:	60
a) Acciones Populares	60
b) Acciones de Grupo	61
c) Acciones a través del Proceso Verbal	64
2.5. Cuestionamiento de la eficacia y eficiencia del régimen interno... ..	66
▪ Ignorancia.....	66
▪ Ineficacia	67
▪ Anacronismo	68
▪ La necesidad de un Estatuto resarcitorio	70
2.6. Análisis desde la Jurisprudencia.....	70

Tercer capítulo
Derechos de los Consumidores

3.1. Carácter proteccionista del derecho del consumo.....	73
3.2. Derechos De Los Consumidores.....	74
a. Derecho a la protección de la vida, la salud y la seguridad del consumidor.	74
b. Derecho a la educación y divulgación sobre el adecuado consumo o uso de los bienes servicios.	79
c. Derecho a la información adecuada y clara sobre los diferentes bienes, servicios y productos en cuanto a calidad, composición, precio y riesgos.....	81
▪ Información cualificada	84
▪ Publicidad engañosa	85
d. Derecho a la efectiva prevención y reparación de daños patrimoniales	86
e. Derecho a la protección del equilibrio del contrato	88
- Cláusulas abusivas	89
- Protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas en el Derecho Internacional.....	91
- Protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas en América Latina.....	92
- Protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas en Colombia..	93
f. Derecho a la protección del consumidor por adquisición de bienes a través de Medios electrónicos.....	94

Capítulo Cuarto

Derechos del Consumidor en Alemania

4.1. Recurso jurídico comparativo	97
4.1.1. Importancia del derecho comparado del consumo.....	101
4.2. Delimitación espaciotemporal a Europa	101
4.3. Alemania	101
4.4. La incorporación legal de los mecanismos de protección.....	102
4.5. Formas especiales de venta o distribución	103
a. Negocios jurídicos a domicilio	103
b. Contratos de compraventa a distancia.....	104
c. Contratos en el tráfico jurídico negocial electrónico	105
4.6. Acciones de protección a favor consumidor	106
a. Derecho de retractación	106
b. Derecho de revocación	109

Conclusiones

Bibliografía

CAPÍTULO PRIMERO

Concepto, generalidades y orígenes del derecho del consumidor

1.1.- Concepto del derecho del consumo

El concepto de consumidor y del consumo, difiere en la medida que se aprecie desde distintos puntos de vista, toda vez cada disciplina pone el acento de su análisis en variados aspectos. Así, la economía, el derecho y la sociología analizan el consumidor desde diversos cristales que hacen complejo el estudio del tema. Al igual que sucede con el concepto de empresa, las diferentes corrientes filosóficas y disciplinas arrojan una teoría y un estudio del tema. Para el efecto, tenemos lo siguiente:

Al revisar las raíces etimológicas de la palabra consumo, nos dicen que proviene de la palabra consumir, que significa destruir, extinguir o gastar. Que se ha tomado del latín *consumere*, a su vez derivado de *sumere* “tomar”, que muchas veces se aplicaba a los alimentos¹.

Analizando el sentido meramente gramatical de esta palabra, consumidor, se refiere a un adjetivo que se consume, utilizar comestibles u otros géneros para el sustento. Ya desde el punto de vista económico, nos debemos referir al consumidor como aquel que destruye un bien o con mayor precisión, el que destruye la sustancia o la utilidad de un bien².

De otra parte, la doctrina ha generado dos nociones del concepto consumidor. Una amplia, que estima que consumidor es toda persona que contrata con otra con el fin de utilizar un bien o un servicio. Así, consumidor es toda persona, natural o jurídica, que adquiere de otra un bien o un servicio, para un uso personal o

¹ Arcelia Quintano Adriano, Los derechos fundamentales y el Estado. Protección al consumidor. Ciudad de México D.F. En <http://www.bibliojuridica.org//>

² Ibidem

profesional, excluyéndose la situación en la cual adquiere para revender. La noción restringida, considera consumidor a la persona que adquiere bienes o servicios para atender necesidades personales o familiares, excluyéndose la situación en la que se adquiere para atender necesidades profesionales o de su empresa³.

Finalmente, si nos atenemos a la definición legal nuestra, el artículo 1 literal c) del decreto 3466 de 1982, define al consumidor como a toda persona, natural o jurídica, que contrata la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado, para la satisfacción de una o más necesidades. Esta es la definición (noción amplia) que nos trae la normatividad vigente en Colombia en materia de protección al consumidor.

No obstante, la existencia de la definición legal, podemos advertir que ésta resulta inadecuada para la situación actual de nuestro mercado y las relaciones comerciales actuales, pues no contempla situaciones como las presentadas por: el consumidor de materias primas, la persona encargada de la transformación de bienes, el simple tenedor de mercancías, la relación entre el consumidor y el productor cuando media un intermediario, las ventas por Internet, la falta de territorialidad en las relaciones comerciales actuales como sucede con las televentas o negocios a distancia.

Desde ya podemos advertir que la ley colombiana en el tema del consumidor presenta incongruencias con la situación actual de nuestro mercado y del grado de desarrollo de nuestra sociedad que hace necesaria una revisión a la normatividad y requiere una imperiosa actualización. Esta actualización o modernización, lo planteamos como tesis central de esta investigación toda vez que, mal que bien, ha funcionado la normatividad hasta la fecha, lo cierto es que algunas situaciones novedosas en nuestra sociedad se escapan de regulación o contemplación legal, dejando desprotegido al consumidor.

³ Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, Sentencia No. 072 de 3 de Mayo de 2005, Expediente 5000131030011999-04421-01, M.P. Cesar Julio Valencia Copete

Por esta razón consideramos que resulta más comprensiva, sin ser exhaustiva en el tema, la definición que nos ofrece la doctrina mexicana que contempla al consumidor como a la persona física o moral que adquiere, realiza o disfruta, como destinatario final bienes, productos o servicios. No es consumidor quien adquiera, almacene o utilice o consuma bienes o servicios con objeto de integrarlos a procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios a terceros. (noción restringida)

Ahora bien, partiendo de las definiciones propuestas o de la definición legal colombiana, podemos identificar algunos *elementos esenciales* del derecho del consumo, tales como:

1. Productor: Es toda persona natural o jurídica, que elabora, procesa, transforma o utiliza uno o más bienes, con el propósito de obtener uno o más productos o servicios destinados al consumo público. Los importadores deben contemplarse como productores respecto de los bienes que introducen al mercado nacional⁴.
2. Proveedor o expendedor: Es toda persona, natural o jurídica, que distribuye u ofrece al público en general, o a una parte de él, a cambio de un precio, uno o más bienes, o servicios producidos por ella misma o por terceros, destinados a la satisfacción de una o más necesidades de ese público⁵.
3. Propaganda comercial: Es todo anuncio que se hace al público para promover o inducir la adquisición, utilización o disfrute de un bien o servicio, a través de

⁴ Decreto 3466 de 1982, Art. 1º

⁵ Ibidem

cualquier medio de divulgación tales como radio, televisión, prensa, afiches, pancartas, volantes, vallas, y en general, todo sistema de publicidad⁶.

4. Idoneidad de un bien o servicio: Consiste en la aptitud de un bien o servicio para satisfacer la necesidad o necesidades para las cuales ha sido producido, así como las condiciones bajo las cuales se debe utilizar en orden a la norma y adecuada satisfacción de la necesidad o necesidades para las cuales está destinado⁷.
5. Calidad de un bien o servicio: Consiste en el conjunto total de las propiedades, ingredientes o componentes que constituyen, determinan, distinguen o individualizan un bien. La calidad incluye la determinación de su nivel o índice de contaminación y de los efectos conocidos que ese nivel de contaminación puede producir.

El tema del derecho del consumidor, al que nos referimos en esta investigación, empieza a tomar así un contorno, pero que requiere complementar con algunos aspectos de orden legal que le darán mayor precisión e identidad al tema.

1.2 .-Generalidades del derecho del consumo

Desde el punto de vista del Derecho Constitucional. Por todos es bien sabido que el derecho constitucional estudia la organización y funcionamiento del Estado, es decir su estructura jurídica, los órganos del poder público, sus funciones y atribuciones, en sus aspectos principales, el establecimiento de las bases de la estructura política, los derechos y libertades de que son titulares los asociados, ya sea individual o colectivamente, frente al Estado, y la manera de garantizarlos por

⁶ Ibidem

⁷ Ibidem

parte de este.⁸

Dentro de su campo de estudio, encontramos que en nuestra Constitución en el artículo 78, se contempla el derecho de los consumidores dentro de los llamados “Derechos Colectivos y del Ambiente” que han sido clasificados por la doctrina como derechos de tercera generación.⁹ Éstos comprenden todos aquellos derechos de carácter colectivo que han venido siendo reconocidos, después de la segunda postguerra, particularmente a partir de la aprobación de la Carta de la Naciones Unidas en 1948.

Son inherentes a las colectividades humanas, a las minorías étnicas o políticas, a los grupos religiosos, y al hombre como sujeto universal de derechos. Son los que genéricamente se han llamado derechos económicos, sociales y culturales, o derechos colectivos. En este tipo de derechos se encuentran los bienes universales incorporales como el patrimonio cultural de la humanidad, junto a los objetos corporales que generan una especulación de tipo cultural.

También, dentro de éstos figuran los derechos: a la paz, al desarrollo, los fundamentales de los niños, los de la tercera edad, el derecho a la recreación, a la vivienda digna, de propiedad, a un ambiente sano, etcétera¹⁰. Sin embargo, cabe resaltar que dentro de tales derechos figuran de manera particular, todos los derechos de carácter colectivo considerados como esenciales en la legislación moderna.

Como ya se puede advertir el derecho del consumidor tiene reconocimiento particular en nuestra Constitución Política. De manera especial, el artículo 78 de la carta hace referencia al tema y complementariamente los artículos 333 y 334 en lo que tiene que ver con el la iniciativa privada, la empresa como motor del desarrollo y con el tema de la intervención del Estado para reprimir abusos de posición de dominio en el mercado y, en general, su participación en el manejo de la economía del país¹¹.

⁸ Mesa Naranjo Vladimiro, Teoría Constitucional e Instituciones Políticas, Bogotá, Editorial Temis, 2003, Pág.16

⁹ Ibidem Pág. 502

¹⁰ Ibidem

¹¹ Zuluaga Giraldo Marco Aurelio, Hacia una política y un derecho del consumo en Colombia, en Política y Derecho del consumo, Navegante Editores, Bogotá, Julio de 1998

Desde otro punto de vista, tenemos que algunas disposiciones constitucionales tiene que ver con el tema de la autonomía de las personas para disponer de sus derechos e intereses, con el de la libertad de empresa o con el derecho a la propiedad privada. Obviamente, estos temas son relacionados con el derecho del consumo en la medida en que éste hace relación con el intercambio de bienes y servicios que se desarrolla en un marco económico, en un contexto de mercado, donde evidentemente tenemos que hacer referencia a un proveedor y un consumidor¹².

Con el fin de hacer más clara nuestra exposición, basta hacer esta pequeña referencia, puesto que en capítulo especial se hará un análisis más detenido de tales disposiciones constitucionales.

Desde el punto de vista del Derecho Privado. Sabemos que el derecho civil tiene íntima relación con el derecho del consumidor, en tanto, que el éste último establece con el vendedor o proveedor de un bien o servicio, una relación de consumo, en la cual surgen para las partes relaciones obligacionales que las vinculan. Es claro que en toda relación interpersonal, surgen vínculos legales que deben regularse aplicando, entre otros, el libro cuarto del Código Civil referente a las obligaciones o las normas particulares de los contratos.

Ahora más concretamente, el derecho del consumo tiene íntima relación con el derecho comercial, en tanto que una de las partes, en la mayoría de los casos es una persona que se dedica de manera habitual y reiterada a ejecutar actos mercantiles, actividades comerciales, y que por lo tanto son sujetos del derecho mercantil.¹³ Así mismo, el derecho comercial está ligado con el con el tema de la promoción de la competencia (Decreto 2153 de 1992), la competencia desleal (Ley 256 de 1996), el régimen de prácticas restrictivas de la competencia (Ley 155 de 1959 y Decreto 2153 de 1992). Es obvio que tales temas están íntimamente relacionados con el derecho del consumidor pues son instituciones del mercado que, en la medida que deban aplicarse o tenga relación con una actuación de un agente dentro del mercado, pueden llegar a perjudicar al consumidor.

¹² Ibidem

¹³ Artículo 1º, Código de Comercio

Regulación concreta del consumidor. Finalmente la más importante normatividad del derecho del consumidor en Colombia, de manera general y no concreta para un sector particular, la constituye la Ley 73 de 1981 y el Decreto 3466 de 1982, regulación que en este momento consagra la mayoría de normas en defensa del consumidor, los procedimientos administrativos que se adelantan en la Superintendencia de Industria y Comercio y algunas normas acerca de las garantías de los bienes que tienen por objeto la distribución masiva.

Aparte de esta reglamentación existe una muy específica para determinados sectores de la economía, como es el sector financiero, el sector salud, el de los servicios públicos domiciliarios, donde se imparten instrucciones a los agentes económicos, pero que antes que darle herramientas a los consumidores, más bien son indicaciones a los agentes productores o distribuidores de bienes y servicios, o consisten en disposiciones de carácter punitivo.

Desde el punto de vista de la Jurisprudencia. La Corte Constitucional ya ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto del derecho del consumidor precisando el campo de aplicación del mismo. En su sentencia del 30 de agosto de 2000¹⁴, advirtió que el derecho del consumidor no se limita exclusivamente a la pretensión de obtener de los productores y/o distribuidores, bienes y servicios que reunieran ciertos requisitos mínimos de calidad y de aptitud para satisfacer sus necesidades. Por el contrario, ha manifestado la Corte que el derecho del consumidor contempla otros derechos y pretensiones, ya que se analizan 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.), y de orden participativo (frente a la administración pública y a los órganos reguladores).

La Corte ha dicho que, si bien Constitución Política delimita un campo de protección para el consumidor, lo cierto es que el contenido preciso de los

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C- 1141 de 30 de Agosto del 2.000, Expediente D-2830, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

derechos y su defensa se desarrolla y adiciona por la ley y por otras normas y fuentes de reglas jurídicamente válidas. En particular, trazado el marco constitucional, a la ley se confía el cometido dinámico de precisar el contenido específico del respectivo derecho, concretando en el tiempo histórico y en las circunstancias reales el nivel de su protección constitucional.

Para la Corte es claro que el significado específico del derecho del consumidor y su extensión, no se establece sólo por la Constitución a priori y de una vez para siempre, sino que éste es un derecho que se debe ir ajustando según las circunstancias vigentes.

Como lo dijo la Corte Constitucional, la Constitución de 1991 dió un marco legal para la protección de los consumidores, que debía ser desarrollado y adicionado por la ley, lo cual no ha ocurrido hasta este momento, pues si bien es cierto, se han presentado dos proyectos del ley de reforma al Estatuto del Consumidor con posterioridad a la Constitución de 1991, ninguno de los dos pudo convertirse en ley de la Republica, por lo que en este momento nos encontramos sujetos al Estatuto del Consumidor de 1982, bajo la vigencia de la Constitución Política de 1886, siendo inexistente el desarrollo del marco constitucional actual de protección a los derechos del consumidor.

Desde el punto de vista del derecho comparado. Finalmente, al acudir a organismos de integración y cooperación internacionales, se observa la urgencia y apremio que tienen las diferentes autoridades legislativas en avanzar en el tema de protección al consumidor. Se puede destacar la labor adelantada por la Organización de Naciones Unidas, por la Unión Europea como organización pionera en la defensa de los derechos de los consumidores, o los avances obtenidos al interior del derecho alemán, que se destaca como el más garantista de los derechos de los consumidores, en la actualidad.

Como se dijo atrás, para entrar a analizar el tema del derecho del consumo, habría necesidad empezar con algunos referentes históricos del tema.

1.3- Orígenes y entorno mundial.

El hombre siempre ha necesitado satisfacer sus necesidades, de bienes y servicios que solo pueden ser adquiridos a través de negocios jurídicos.¹⁵ Esa situación implica que siempre se encuentra inmerso en una relación de consumo, al tener la apremiante necesidad de satisfacer todas sus necesidades y no poderlo hacer de manera autosuficiente, situación que lo ha obligado a acudir a otras personas, de las cuales adquiere los bienes y servicios que necesita.

Si bien, anotamos que se trata de una relación de consumo, no se puede situar el derecho del consumidor en la época romana o en el derecho feudal de la edad media, puesto que el concepto del consumidor y de mercado, solo se viene a desarrollar en épocas recientes¹⁶.

En la edad media, el mercado sólo desplegó una función marginal, dada la autosuficiencia de ciertas comunidades. En un momento ulterior de la historia, los gremios y corporaciones, en sus respectivos campos, controlaron las profesiones y los oficios y sujetaron a su férrea disciplina la producción y distribución de los productos. El control corporativo del mercado, progresivamente fue desplazado por las corrientes de internacionalización que siempre han alentado el comercio y por la presencia cada vez más notable de los comerciantes¹⁷.

Los Estados nacionales, al adoptar la filosofía mercantilista, asumieron la protección del sistema corporativo, pero privándolo de su autonomía con el fin de hacer de la prosperidad nacional una verdadera política del Estado. Esto trajo como consecuencia que se adoptaran una serie de medidas de protección, pero también, una directa participación del Estado en actividades económicas.

¹⁵ Stiglitz Gabriel, Protección Jurídica al Consumidor, 2da Edición, Buenos Aires, De Palma, 1990, Pág. 5

¹⁶ Ibidem

¹⁷ Ibidem

Sin embargo, el concepto de mercado solo viene a adquirir la identidad, con la que conocemos actualmente, a partir de la revolución industrial o desde la fabricación en serie de bienes o desde la prestación de servicios de manera empresarial.

La Revolución Industrial modificó el concepto y el papel del mercado en la vida social y política, puesto que llegó a adquirir una importancia fundamental como regulador de la actividad económica y lugar de intercambio y confrontación constante de los bienes económicos, hasta el punto de que la competencia como principio de la nueva cultura económica, se impuso definitivamente sobre el ideal de solidaridad que caracterizaba el sistema anterior¹⁸.

En lugar de la Corporación, el comerciante, sin ninguna connotación subjetiva entró a actuar libremente, con lo cual se empieza a hablar de libertad de empresa, libre iniciativa, donde el particular debía plegarse a las disposiciones de la ley y a sus propios intereses.

La libre iniciativa privada (libertad de empresa), se reivindica como zona de libertad frente a la precedente ordenación corporativa. La libertad de organización de los factores de la producción, que incluye la libertad contractual, como facultad del sujeto económico libre, responde a la necesidad de que en el mercado, lugar de encuentro de operadores, cada uno puede sacar adelante su interés y asumir la responsabilidad consiguiente.

Es con la revolución económica inglesa que la figura del consumidor empieza a tener cierta relevancia. Sin embargo, en tal época ninguna legislación contempló la figura del consumidor, toda vez que los problemas del consumo y del consumidor no eran importantes o no se vislumbraban como tal. La relación siempre se basó en una relación individual entre el vendedor y el comprador, entre el arrendador y el arrendatario, que básicamente resolvían sus problemas a nivel del código civil y con la legislación ordinaria de obligaciones y contratos. Nunca, en dicha época se concibió el consumidor como un concepto jurídico.

¹⁸ Ibidem

En los últimos tiempos, este acceso al mercado por parte de los consumidores ha venido a cobrar una mayor trascendencia, en virtud de la masificación de los mercados que conlleva la imposibilidad de atender, en muchas oportunidades, las circunstancias específicas y necesidades particulares de cada consumidor involucrado en estas relaciones jurídico negociales.

a. La protección al consumidor en los Estados Unidos de Norteamérica. En los albores del siglo XX, mas exactamente con el proceso de industrialización, con las nuevas exigencias de mercado, empezaron a surgir los problemas entre los intermediarios y los consumidores.

El primer movimiento relevante de protección al consumidor, por el impacto en la regulación mundial acerca del tema, se desarrolló en los Estados Unidos de Norteamérica, durante el año de 1928. Tuvo - como gran aporte - la creación de organismos que informaban de manera eficaz a los consumidores sobre algunas características de los productos que se encontraban en el mercado¹⁹.

En esta oportunidad se creó la organización *Consumer Union*, que era la encargada de brindar información a los consumidores, surgida de test comparativos de productos, cuya finalidad era que, en últimas, el público pudiera escoger la mejor alternativa entre varias opciones que brindaba el mercado²⁰.

Esta organización en la actualidad se encuentra en plena vigencia, y es una entidad sin ánimo de lucro, independiente, dedicada a realizar pruebas y recopilar información, proporcionando servicios exclusivamente para el consumidor, constituyendo de esta manera una fuente extensa de consejos imparciales respecto a productos y servicios, finanzas personales, salud, nutrición y otros temas de interés para el consumidor²¹.

Un ejemplo de la importante gestión de *Consumers Union* es la publicación de una revista virtual mensualmente, en la que se busca orientar al consumidor, por ejemplo en el mes de Mayo de 2004, se comunico a los consumidores el peligro

¹⁹ Arcelia Quintano Adriano, Los derechos fundamentales y el Estado. Protección al consumidor. Ciudad de México D.F. En <http://www.bibliojuridica.org/>

²⁰ Stiglitz Gabriel, Protección Jurídica al Consumidor, 2da Edición, Buenos Aires, De Palma, 1990, Pág. 7

²¹ En <http://www.consumersunion.org/>

de el consumo de doce suplementos dietéticos como la - Aristolichia y Yohimbina- que pueden causar cáncer, daño a los riñones y el hígado, e inclusive la muerte. Esta información esta debidamente sustentada con estudios físicos y médicos de alta credibilidad, que ofrecen a los consumidores una opinión seria e imparcial de unos productos que pueden causar un grave detrimento en su vida y en su salud.

Sin embargo, varios doctrinantes estiman que el mensaje del Presidente John F. Kennedy, dirigido al Congreso de los Estados Unidos, el 15 de marzo de 1962, constituye el punto de partida del movimiento global en favor de la protección del consumidor.

En ese entonces, se proclamaron cuatro derechos básicos del consumidor, a saber:

- a. El derecho a la seguridad;
- b. El derecho a la información;
- c. El derecho de elección, y
- d. El derecho a ser oído.

Este se considera el punto de partida, moderno, del derecho del consumidor, desde el cual se ha desarrollado e incrementado, día a día, el trabajo de distintos sectores en el mundo en torno al tema.

De otro lado en materia gubernamental, los Estados Unidos es uno de los países pioneros en la protección al consumidor , creando un sistema de normas legales que protegen al consumidor, por ejemplo, frente a las entidades financieras²², se ha emitido una extensa reglamentación, que incluye entre otras normas:

- La ley de informes de crédito justos, controla cómo las agencias de informes de crédito, archivan su historial de crédito y cómo el historial es archivado por los prestamistas.

²² En [http:// www.ftc.gov.spanish.info/](http://www.ftc.gov.spanish.info/)

- La ley de prácticas justas en el cobro de deudas establece normas de conducta que un recaudador de deudas debe respetar al recaudar deudas del consumidor, reglamentación que no existe en Colombia y que permite tantos atropellos contra los usuarios y consumidores.
- La ley de facturación de crédito justo que requiere que los acreedores corrijan puntualmente errores que aparezcan en las factura de las tarjetas de crédito; normas que serían absolutamente pertinentes en Colombia, en donde para realizar un reclamo de una tarjeta de crédito, uno debe primero cancelar lo que le están cobrando, no importa que sea arbitrario y con posterioridad presentar el reclamo, so pena, de entrar en mora y ser reportado a las centrales de riesgo.

De igual manera se han creado varias organizaciones gubernamentales de protección al consumidor.

Existe la Comisión Federal de Comercio (*Federal Trade Commission*)²³, que es un organismo encargado de manera exclusiva en trabajar a favor del consumidor para la prevención de prácticas comerciales fraudulentas, engañosas y desleales y para proveer información de utilidad al consumidor con el objetivo de identificar, detener y evitar dichas prácticas; en Colombia sería muy procedente que se creará un organismo especializado para la vigilancia del mercado y sus prácticas comerciales fraudulentas, labores que en este momento se encuentran en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, la cual detenta multiplicidad de funciones, lo que ocasiona que este organismo no preste la atención necesaria a las prácticas fraudulentas del mercado que ocasionan grave perjuicio al consumidor.

También existe la *Us Consumer Product Safety Commission* (CPSC) que es una entidad gubernamental encargada de proteger al público contra los riesgos irrazonables, lesiones y muertes asociadas con productos de consumo.

²³ Ibidem

b. La protección al consumidor en Europa. En el año de 1947 se creó el Consejo Danés del Consumidor como la primera organización privada de consumidores que velaba por la protección de sus derechos, empezando con ello a crear condiciones básicas para consolidar una cultura de prevención jurídica de tales intereses. De esta manera, a finales de la década de los cincuenta, surgieron alrededor del mundo organizaciones similares, que tuvieron gran influencia en los aparatos estatales nacionales y en el desarrollo de los mercados influenciados por políticas de salubridad y calidad²⁴.

Como resultado de la gran influencia de las organizaciones emergentes de grupos sociales, los distintos gobiernos tuvieron la preocupación de trabajar por una efectiva protección del mercado y, particularmente, de los consumidores, los cuales constituyen una parte activa y principal de todo mercado.

En forma concomitante, para proteger a los consumidores se adoptaron leyes estatutarias y, en algunos casos, se crearon entes gubernamentales que tuvieran la función de protección al consumidor, o se delegó dicha función a los despachos ministeriales (como en Bélgica, Alemania, Irlanda, Italia, Luxemburgo)²⁵.

De esta manera tenemos que se crearon, entre otros, la *Secrétariat d'Etat á la Consommation Francaise auprès du Ministère de l'Éconimie et des Finances* en Francia, el *Department of Prices and Consumer Protection* en Inglaterra encargado del control de la garantía de los productos y de recibir las reclamaciones de los consumidores²⁶.

Como un caso puntual de protección al consumidor se encuentra el de Dinamarca que creó, en el año 1975, el *Ombudsman* (vocero o defensor) del consumidor, esto es, una oficina destinada exclusivamente a reclamos, que vino a complementar las labores que entidades privadas adelantaban en este campo.

Por su parte, en España, ante el fuerte movimiento proteccionista del consumo que se evidenciaba en la región, se elevó la protección del consumidor a rango

²⁴ Arcelia Quintano Adriano, Los derechos fundamentales y el Estado. Protección al consumidor. Ciudad de México D.F. En <http://www.bilbiojuridica.org/>

²⁵ Arcelia Quintano Adriano, Los derechos fundamentales y el Estado. Protección al consumidor. Ciudad de México D.F. En <http://www.bilbiojuridica.org/>

²⁶ Sánchez Cordero Dávila Jorge, La Protección del Consumidor, México, UNAM, Nueva Imagen, 1981, Pág.24 - 26

constitucional a través de una reforma al Artículo 51 de la Carta Magna. La reforma impuso a los poderes públicos el deber de defensa de los consumidores “protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud, y los legítimos intereses económicos de los mismos”²⁷.

Así mismo, en el Reino Unido empezó a funcionar, como organización estatal, el Centro Europeo del Consumidor, organismo muy útil cuando se realizan transacciones cuando las partes se encuentran ubicadas en diferentes países, ya que busca ayudar a solucionar los problemas con comerciantes que se encuentran en otros países y para consumidores que viven fuera del Reino Unido que tienen problemas con un comerciante británico. Adicionalmente, este Centro proporciona información y asesoramiento sobre las leyes de consumo en la Unión Europea, así como información sobre cómo se pueden hacer cumplir esas leyes.

En materia de regulación, en varios países Europeos, como Francia y España, se crearon políticas específicas de protección al consumidor como aquellas que obligan a los productores de alimentos genéticamente modificados a etiquetar sus productos con esta información, para darla a conocer a los consumidores con el fin de que éstos puedan escoger fundamentadamente el producto que consideren mejor.

En el mismo sentido de protección, Polonia adoptó una reglamentación completa de exigencias de seguridad para productos como juguetes, alimentos y cosméticos, en la que se impone al fabricante de los mismos, obligaciones adicionales, tales como, poner el nombre y dirección del productor, hacer investigaciones previas, y avisar de manera inmediata si este producto tiene algún riesgo para la salud. En forma complementaria, con el fin de controlar el cumplimiento de las normas de protección al consumidor, se creó una Oficina especializada de protección al cliente y al consumidor, que tiene el derecho a retirar los productos peligrosos de circulación, puede iniciar investigaciones y tomar decisiones en caso de prácticas que infringen intereses del consumidor. Se

²⁷ Parra Lucan María de los Ángeles, Daños por productos y Protección al consumidor, Barcelona, Bosch Editor S.A., Pág.20

considera que la creación de esta Oficina es un gran avance ya que le brinda al consumidor un mecanismo de protección, pues cuenta con un órgano encargado exclusivamente para esa labor, que tiene amplias facultades, y que puede iniciar procesos de oficio a favor del consumidor, es decir, que además de contar con una reglamentación proteccionista, el consumidor cuenta con la labor desarrollada oficiosamente por el propio Estado de proteger sus intereses quien asume todos los riesgos y costos del proceso. A diferencia de lo que ocurre en otras latitudes como la nuestra, donde el consumidor debe adelantar una labor individual; donde el particular está en desventaja económica frente al gran productor y/o vendedor; donde es el particular quien debe mientras tanto asumir el deterioro de sus intereses por la actuación del productor y/o vendedor; donde es el particular quien debe asumir los costos del proceso; donde el consumidor aporta el material probatorio y asumir la contingencia de pérdida del proceso.

Finalmente, esta creciente necesidad de crear mecanismos de protección al consumidor, a la par con la labor del Estado, se advierte la creación de entidades de carácter privado con tal finalidad o la inclusión, dentro del objeto social o de los objetivos de entes ya constituidos, de políticas de protección al consumidor.

c. La protección al consumidor a nivel Internacional.

1. Consumers International. Frente al tema de la regulación de los derechos del consumidor que hemos reseñado, se puede indicar que en 1960 se creó la entidad *Internacional Organization of Consumers Union (IOCU)*, hoy conocida como *Consumers Internacional*, dedicada a la protección, defensa y publicidad de los derechos de los consumidores alrededor del mundo²⁸.

Esta organización de carácter eminentemente privado, ha reunido tanto organizaciones privadas, como organismos públicos aunque regulados por distintos estatutos.

²⁸ Arcelia Quintano Adriano, Los derechos fundamentales y el Estado. Protección al consumidor. Ciudad de México D.F. En <http://www.bibliojuridica.org/>

Ya para septiembre de 1997, esta organización, con sede en Londres, agrupaba a 215 asociaciones provenientes de 90 países, cuenta con una oficina ubicada en la ciudad de Santiago de Chile que se encarga de la zona de Latinoamérica y del Caribe ²⁹.

En la actualidad *Consumers International* tiene afiliadas una amplia gama de asociaciones de consumidores independientes. Entre ellos la asociación americana *Consumers Union*, asociaciones semi voluntarias, y gubernamentales de América Latina, África, Asia, Europa y Norteamérica.

En esta organización aparece como miembro una entidad colombiana denominada *Consumidores Colombia (COCO)*, con el status de organización plena, es decir, que es una organización con presencia nacional, que tiene una oferta sustancial de programas y servicios para los consumidores. Es una entidad independiente de cualquier partido político o empresarial. No obstante, de manera lastimosa esta organización que debería ser la pionera de la protección de los derechos de los consumidores en nuestro país por su respaldo internacional, es prácticamente desconocida para los colombianos, desperdiciando una valiosa oportunidad de gestión nacional e internacional de los derechos de los consumidores.

Dentro del marco de esta organización internacional se lucha por la creación de medidas y limitaciones a la actividad empresarial, con el fin de proteger los derechos de los consumidores.

De igual manera, se han tenido avances dentro de esta materia en organismos como la Unión Europea, y el Consejo de Europa donde se ha logrado implementar una política para que los países miembros armonicen sus legislaciones en materia de protección al consumidor, con el fin de fomentar la uniformidad de criterios en la materia³⁰.

²⁹ Noticias el Universal, Caracas, Venezuela, viernes 26 de septiembre de 1997.

³⁰ Arcelia Quintano Adriano, Los derechos fundamentales y el Estado. Protección al consumidor. Ciudad de México D.F. En <http://www.bilbiojuridica.org/>

Por dar solo un ejemplo, en este momento *Consumers International* esta fomentando la creación de un “Acuerdo General de Servicios Públicos”, a nivel internacional, con el fin de que todas las personas puedan acceder a los servicios esenciales, y la creación de políticas que permitan el mejoramiento de la calidad y cobertura de estos servicios.

2. *La ONU y el derecho del consumo.* De otra parte la Organización de las Naciones Unidas no se ha mantenido ajena al tema y por su parte ha dictado una serie de directrices en materia de protección al consumidor, que si bien no tienen carácter vinculante, pues funcionan como recomendaciones para los Estados Miembros, lo cierto es que han tenido bastante relevancia en la orientación de las legislaciones de diferentes países³¹.

Las directrices más importantes emitidas por esta organización datan de 1985, año en el cual fueron aprobadas por la Asamblea General, mediante la Resolución 39/248. Estas directrices, aclaro, no tienen carácter obligatorio, por lo tanto, no son derecho supranacional pero, en mayor o menor medida, han sido adoptadas por los países miembros³².

Las directrices surgieron como respuesta a la necesidad de proveer a los gobiernos, especialmente a los que se encuentran en vías de desarrollo, de herramientas para la elaboración y fortalecimiento de las políticas económicas y legislativas de protección al consumidor; también, con la intención de crear mecanismos de cooperación internacional en este tema³³.

En relación con los derechos del consumidor las directrices proponen alcanzar “necesidades legítimas” que tienen los consumidores, aunque por ende, al proteger al consumidor, se protege el equilibrio del mercado y se fortalece, en beneficio de toda la comunidad.

³¹Bustamante Laura, *Derechos del Consumidor*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2004, Pág. 71

³² *Ibidem*

³³ Arcelia Quintano Adriano, *Los derechos fundamentales y el Estado. Protección al consumidor*. Ciudad de México D.F. En <http://www.bibliojuridica.org/>

Estas directrices se desarrollan a través de uno derechos específicos que se comentan a continuación:

i) Derecho de acceso al consumo. Se considera que las políticas de promoción de un consumo sustentable deberían tener como objetivo principal la erradicación de la pobreza y satisfacer las necesidades básicas de todos los miembros de la sociedad. En sus medidas específicas, las directrices convocan a los gobiernos, entre otros, a:

1. Adoptar medidas de seguridad en materia de alimentos, incluyendo criterios de calidad, estándares y requisitos dietarios, efectivo monitoreo y mecanismos de inspección y evaluación.
2. Adoptar los estándares, en materia alimentaria, de la *Food and Agriculture Organization (FAO)* *World Health Organization (WHO)* y *Codex Alimentarius* o estándares internacionalmente aceptados.
3. Mejorar la calidad y lograr un uso apropiado de los productos farmacológicos mediante políticas nacionales. Dentro de este desarrollo en materia de drogas para dirigir la procuración, distribución, producción, contratos de licencias, sistemas de registro y disponibilidad de información confiable sobre productos farmacológicos, tomando en consideración el trabajo y las recomendaciones de la WHO en esas áreas.

ii) Derecho a la seguridad. Las directrices alientan a la adopción de:

1. Medidas y estándares para asegurar la seguridad y calidad de bienes y servicios.
2. Recomendar la implantación de medios para el testeo y certificación de la seguridad, calidad y desarrollo de bienes y servicios esenciales.
3. Recomendar la implantación de políticas para asegurar la compensación por daños causados por productos defectuosos o peligrosos. En este punto, la regulación actual del consumidor en Colombia es deficiente comparada con otras normas extranjeras, en tanto que, obliga al consumidor que se le causaron los perjuicios, a iniciar un proceso judicial para la indemnización

de los mismos, imponiéndole una carga a adicional además de soportar los daños.

4. Recomendar la creación de políticas para asegurar que los productos sean seguros en su uso normal, que la forma de su uso sea informada al consumidor y que se utilicen símbolos universalmente entendibles con relación a la seguridad vital.
5. Sugerir la adopción de políticas que contribuyan a informar a las autoridades nacionales y al público sobre la peligrosidad sobreviniente de los productos. Si miramos la situación de nuestro país, la implementación de esta política ha sido inexistente, ya que no hay actualmente ningún mecanismo eficiente que dé a conocer al público, de manera general, la peligrosidad de algún producto, y que obviamente sería muy conveniente introducir como reforma al Estatuto del Consumidor.

c) Derecho a un ambiente sano. Con relación a este principio las directrices señalan que los patrones no sustentables de consumo, en especial en los países industrializados, son la mayor causa del deterioro ambiental. En consideración a esto se hace un llamado a todos los países miembros a promover los patrones de consumo sustentables, y la preservación del medio ambiente³⁴.

En este sentido se sugiere la adopción de las siguientes medidas:

1. La responsabilidad compartida por todos los miembros y organizaciones de la sociedad sobre el consumo sustentable, el tema de la protección del medio ambiente es un tema totalmente inexistente en nuestro Estatuto actual, siendo un tema que se encuentra en boga y que es responsabilidad de todos, por lo cual debe estar reglamentado de manera integral.
2. La promoción de desarrollo e implementación de las políticas de consumo sustentable y la integración de las mismas con otras políticas públicas.

³⁴ Bustamante Laura, Derechos del Consumidor, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2004, Pág. 71

3. Que los gobiernos debieran alentar el diseño, desarrollo y uso de productos y servicios seguros y eficientes con relación a los recursos y energía que consumen, considerando su completo impacto durante su ciclo de vida. Así mismo alentar el reciclado de los productos que puedan tener una vida útil.
4. La creación y fortalecimiento de mecanismos regulatorios efectivos para la protección de los consumidores, incluyendo aspectos de consumo sustentable.

d) Derecho a la libre elección. Este derecho, es tal vez el que en mayor medida se le transgrede a los consumidores, pues no hay regulación concreta en este tema, o se evidencia la falta de cumplimiento de la regulación relacionada. Se sugiere la adopción de las siguientes medidas, entre otras:

1. Control de prácticas restrictivas y abusivas de los actores económicos que le proporcionan los bienes y servicios al consumidor. Si bien en el país existe una reglamentación precisa sobre el tema, lo cierto es que este control no se hace, en virtud de la protección del consumidor, si no que concretamente lo que se trata de proteger es el mercado o cuando algún agente económico resulta lesionado con algunas de estas prácticas.
2. Propender porque exista disponibilidad de servicios posventa confiables y disponibilidad de repuestos.
3. Protección de los consumidores contra contratos injustos. En Colombia la protección al consumidor en contratos injustos o frente a las cláusulas abusivas no se encuentra contemplada en el Estatuto del Consumidor, como debería ser, solo se da una mínima protección en sectores específicos como el sector financiero y cuando se trata de servicios públicos. Considero que esta es una de las reformas más urgentes que se debe hacer al actual estatuto con el fin de brindarle herramientas al consumidor, en el caso de ser objeto de una cláusula abusiva.
4. Sugiere la implementación de una regulación sobre promociones, ofertas y liquidaciones bajo el principio del trato justo al consumidor e información precisa sobre los aspectos del producto.

5. Exhorta a los gobiernos a establecer estándares obligatorios y leyes para la protección de los intereses de los consumidores, alentando a sus organizaciones a monitorear prácticas adversas.

e) Derecho de representación. Entre los objetivos de esta directriz, esta facilitar el desarrollo de los grupos independientes de consumidores, por lo tanto, los gobiernos deben procurar o facilitar la creación de organizaciones de consumidores, que puedan ser actores influyentes en las decisiones del mercado, con carácter representativo del interés general, y que tengan la oportunidad de presentar sus puntos de vista en los procesos de toma de decisiones que los afectan. En Colombia no tenemos ninguna organización de consumidores que sea realmente eficiente y representativa, y con carácter vinculante. Considero que sería muy útil la creación de este tipo de organizaciones, en tanto, que en el contexto internacional se ha demostrado que estas organizaciones han llegado a tener un papel bastante activo en la defensa de los intereses de los consumidores, presentado proyectos de ley, dando conceptos de proyectos que se ponen a su consideración, presionando a la empresa privada para mejorar las condiciones de los productos, etc.

f) Derecho a resarcimiento. Tomando en cuenta la necesidad de efectividad de los derechos del consumidor, las directrices proponen lo siguiente:

1. La adopción por parte de los gobiernos de sistemas expeditos, justos y económicos para el resarcimiento. Considero que respecto a esta directriz, el país está en mora de realizar una profunda reforma a nuestro estatuto con el fin de ofrecer al consumidor mecanismos más ágiles y sencillos para el resarcimiento de los perjuicios.
2. Sugiere el establecimiento por parte de las empresas de formas de solución de controversias justas, expeditas e informales, así como el establecimiento de servicios de asesoramiento y de procedimientos informales para atender quejas de los consumidores.

g) **Derecho a la información.** A lo largo de todo el texto, las directrices advierten sobre la necesidad de proveer información suficiente y clara al consumidor. En esta medida proponen la adopción de mecanismos que permitan:

1. Proveer información a los consumidores sobre el uso adecuado y riesgos asociados a los productos de consumo.
2. Desarrollar, por parte de los gobiernos, programas de información al consumidor en medios masivos dirigidos a consumidores analfabetos y de áreas rurales.

h) **Derecho a la educación para el consumo.** En esta materia, las directrices llaman a:

1. Establecer programas especiales para consumidores de bajos recursos en áreas urbanas y rurales, así como organizar programas gubernamentales de entrenamiento para educación, medios masivos, profesionales.

Frente al tema de la educación del consumidor, que es tan importante en la época actual, nuestro Estatuto no dice nada en absoluto. Considero que una de las reformas que se deben introducir a nuestro Estatuto es el fortalecimiento de esquemas de educación al consumidor con el fin de enseñarle sus derechos y la manera de hacerlos efectivos.

3. La OCDE. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico fue creada en el año 1961, como un foro de consulta y coordinación entre los gobiernos de los Estados miembros, en el cual se debaten y se analizan políticas financieras, económicas, ambientales, tecnológicas, industriales, científicas, educativas, laborales y comerciales de los 30 países miembros y de otros países

que a pesar de no ser miembros se interesan por las recomendaciones o comentarios de la OCDE³⁵.

La OCDE se encuentra integrada por los siguientes países: Alemania, Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos, Francia, Grecia, Irlanda, Islandia, Italia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Suecia, Suiza, Turquía (todos ratificaron el acuerdo en 1961), Japón (1964), Finlandia (1969), Australia (1971), Nueva Zelanda (1973), México (1994), República Checa (1995), Hungría (1996), Polonia (1996), Corea del Sur (1996) y Eslovaquia (2000). Además cuenta con 8 países no miembros Argentina, Brasil, Chile, Eslovenia, Estonia, Israel, Latvia, y Lituania que hasta ahora solo han suscrito las directrices³⁶.

El principal objetivo de la OCDE es impulsar la economía y del empleo, promover el bienestar económico y social mediante la coordinación de políticas entre los países miembros, y estimular y armonizar esfuerzos para el desarrollo de otros países. Especialmente han fijado sus políticas en temas de: contribución al desarrollo sostenible, respeto a los derechos humanos, respeto a las normas el empleo, el medio ambiente, la corrupción³⁷.

Dentro de estas políticas económicas, la OCDE ha desarrollado directrices, que son recomendaciones efectuadas por todos los países miembros a sus empresas multinacionales. Estas directrices tienen aplicación extraterritorial, ya que también son aplicadas por países que no son miembros³⁸.

En materia de protección al consumidor, la OCDE ha tenido un gran desarrollo a través de sus directrices frente a diversas materias, entre los que se puede resaltar:

³⁵ En [http:// www.oecd.org/](http://www.oecd.org/)

³⁶ Ibidem

³⁷ Ibidem

³⁸ Ibidem

- En materia de comercio electrónico que es el tema al que esta organización se ha dedicado con mayor énfasis. Ha establecido políticas de protección al consumidor más transparentes y eficientes con el objeto de que la protección que se ofrece al consumidor, en el mundo físico, sea igual en ambientes virtuales³⁹.

En desarrollo de esta política, en el año 1999 el Comité de política del Consumidor de la OCDE, elaboró los Lineamientos de Protección al Consumidor en materia de Comercio Electrónico⁴⁰.

Estos Lineamientos cubren ocho principios básicos, en la relación entre productores y consumidores:

1. Protección transparente y efectiva.
2. Equidad en las prácticas empresariales, publicitarias y de mercadotecnia.
3. Información en línea, que incluye sobre la empresa, los bienes y servicios, y datos relativos a la transacción.
4. Procedimiento de confirmación.
5. Pagos
6. Solución de controversias y reparación del daño dividido, jurisdicción aplicable, mecanismos alternativos de solución de conflictos.
7. Privacidad.
8. Educación y concientización.

De igual manera elaboró, en cooperación con los Estados miembros un portal en Internet llamado e.consumer.gov. Creado en el año 2001, para proteger a los consumidores que realizan transacciones en línea, el portal permite al consumidor registrar su queja en línea, ofrece a los consumidores información acerca de los sellos de garantía y custodia (*trustmarks*) de los sitios de Internet en los cuales se

³⁹ Cristos Velasco San Martín, Consumidores en ambientes virtuales, Noviembre de 2003, en [http:// www.oecd.org//](http://www.oecd.org//)

⁴⁰ Ibidem

adquieren los bienes y servicios, una sección de consejos útiles para la compra de bienes y servicios.

Este portal se encuentra disponible en inglés, español, francés, y alemán; contiene además una guía de las agencias gubernamentales que en cada país se encarga de la protección de los derechos del consumidor, la conciliación o resolución de sus quejas. Convirtiéndose de esta manera en una valiosa herramienta para los consumidores en materia de comercio electrónico.

En materia de comercio electrónico y protección de los derechos del consumidor en este campo, en nuestro actual Estatuto del Consumidor, no encontramos ningún tipo de norma que pueda ser aplicada, en tanto que este Estatuto data del año 1982, en el cual no se encontraba masificado el servicio de internet, televentas, etc. Razón por la cual en esa época no se contemplo ningún tipo de regulación en ese campo, distinto a este momento en el que los negocios realizados por medios electrónicos se usan con una grandísimo frecuencia.

- Otro aspecto en el cual se ha destacado la OCDE como organización protectora de los consumidores es en materia de prácticas comerciales transfronterizas fraudulentas y engañosas⁴¹.

Estas directrices surgen en el año 2003, con el fin de combatir las prácticas comerciales fraudulentas y engañosas en las transacciones transfronterizas entre empresarios y consumidores, además de mejorar las leyes de protección al consumidor⁴².

Existen muy fuertes limitaciones para las agencias de protección al consumidor, cuando de aplicar sus leyes se trata, si las transacciones se realizan a nivel transfronterizo, porque los defraudadores y las victimas se encuentran en distintos territorios, y distintas jurisdicciones, lo que imposibilita a las agencias obtener la información precisa y sancionar estos

⁴¹Directrices de la OCDE para la protección de los consumidores de prácticas comerciales transfronterizas fraudulentas y engañosas, 11 de Junio de 2003, en <http://www.oecd.org//>

⁴² Ibidem

fraudes, así como la ubicación de las paginas Web y los servidores por medio de los cuales se cometen los ilícitos⁴³.

Dentro de estas directrices se tocan los siguientes temas:

1. Alcance y definiciones.
2. Marco doméstico para combatir prácticas comerciales transfronterizas fraudulentas y engañosas.
3. Principios de cooperación internacional
4. Notificaciones, información compartida, ayuda con investigaciones y confidencialidad.
5. Autoridad en las agencias de protección al consumidor.
6. Resarcimiento al consumidor.
7. Colaboración del sector privado.

4. La Unión Europea. Es un sujeto de tipo secundario, en tanto, que carece, de los poderes de los Estados que son organizaciones y sujetos primarios y plenos. De igual manera es un sujeto de tipo funcional: mientras que el Estado consiste en una institucionalización jurídica del poder político y dispone por tanto de facultades integrales, la Unión Europea, como organización internacional, tiene funciones limitadas.⁴⁴

La única competencia que detenta la Unión Europea es la que, le han atribuido sus países miembros, en virtud del las **competencias de atribución**, mediante las cuales le posibilitan tener la estructura propia de un Estado. Por ejemplo: la función legislativa desarrollada por el Parlamento, función ejecutiva en cabeza del Consejo Europeo, etc⁴⁵.

⁴³Ibidem

⁴⁴Ravassa Gerardo José, Derecho Internacional Mercantil Internacional, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2004, Pág.185

⁴⁵Ibidem

Los objetivos planteados por la Unión Europea se pueden dividir en tres grupos: políticos, sociales y económicos.

Los objetivos económicos -que son los que interesan a esta investigación- están encaminados a la creación de un mercado único con una competencia libre. Estatuyendo la libre circulación de personas, mercancías, bienes, servicios y capitales; libertad de comercio para lograr la creación de un mercado equitativo⁴⁶.

Para la consecución de estos objetivos económicos de la Unión, se ha desarrollado una política económica completa, en lo atinente, a los derechos del consumidor. Este tema esta reservado a la regulación de cada Estado. No obstante, la Unión Europea ha dictado varias directivas en relación a temas puntuales de protección al consumidor, que aunque carecen de carácter vinculante han sido tenidas en cuenta por la mayoría de lo Estados miembros.

Dentro de estas directivas se puede destacar que dentro del concepto de consumidor, se encuentran excluidas las personas jurídicas, con el fin de garantizar una tutela especial para el consumidor, y no para el empresario que es la parte más fuerte de la relación de consumo⁴⁷.

También la Unión Europea ha tenido un gran avance en materia de contratos de adhesión, propendiendo por excluir los contratos que tienen condiciones generales de contratación, al considerar que estas cláusulas contractuales, que no se han negociado individualmente, pueden llegar a ser abusivas, causando detrimento al consumidor, al lograr un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, y establece como sanción la nulidad de la cláusula afectada, este tema es uno de los más cruciales en las relaciones de consumo, y uno de los campos en los que en mayor medida se atropellan los derechos de los consumidores, por lo cual es necesario que en

⁴⁶ Ibidem

⁴⁷ Rodríguez Parra Carmen, El Nuevo Derecho Internacional de los Contratos, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002. Pág.74

Colombia se incluya dentro de un nuevo Estatuto del Consumidor, una reglamentación completa acerca de este tema.⁴⁸.

De igual manera, se consagra el principio de la interpretación, es decir⁴⁹, que frente a la interpretación de estas directivas y de las cláusulas contractuales se debe hacer la interpretación que más favorezca al consumidor⁵⁰.

Las directivas buscan que los Estados que las adopten, creen mecanismos eficaces y adecuados para la defensa de los derechos de los consumidores, aunque sin hacer referencia de manera directa a mecanismos judiciales o administrativos.

En virtud de que el derecho del consumidor es un tema, cuya competencia de regulación se encuentra en cabeza de cada Estado miembro, la Unión creó unos principios plasmados en las directivas para evitar una posible transposición de estas a los ordenamientos internos. Entre los principios que deben respetar los Estados, se destacan los siguientes:

- **La irrenunciabilidad de los derechos.** Este es un principio que han adoptado las directivas que protegen a los consumidores tomando en cada una de ellas las peculiaridades de cada materia, un gran avance teniendo en cuenta el carácter colectivo de los derechos del consumidor, punto que se debería agregar necesariamente a un nuevo ordenamiento del consumidor en Colombia.
- **El derecho al arrepentimiento.** La revocación, desistimiento y rescisión de los contratos. En nuestro país estos temas se han regulado en materias específicas como sector financiero y en ciertos tipos de contratos, pero es importante que se unifique la regulación frente a estos temas que serían grandes herramientas para el consumidor.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ Confrontar los artículos 1618 y 1624 del C.C. Colombiano y el párrafo 133 del Código Civil Alemán

⁵⁰ Rodríguez Parra Carmen, El Nuevo Derecho Internacional de los Contratos, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002. Pág.79

Estas figuras jurídicas han surgido para proteger al consumidor frente a la posición dominante del comerciante o del proveedor de bienes y servicios⁵¹.

- **El derecho a la información.** Como elemento del carácter protector que tienen en común las directivas que hacen referencia a los consumidores, hace que el derecho a la información sea fundamental. En este sentido hay una serie de aspectos que se repiten en todas ellas como son la forma escrita, la confirmación contractual, el lenguaje utilizado, contenido mínimo del contrato.

Como se dijo el tema de la regulación en materia del consumidor, pertenece a los Estados miembros, no obstante, dentro del proceso de ampliación de la Unión Europea, se ha contemplado la posibilidad de crear una regulación homogénea frente a distintos temas particulares, entre ellos la protección de los derechos del consumidor, lo cual crearía una regulación uniforme para toda la Unión en lo referente a los derechos del consumidor⁵².

5. El Pacto Andino. Hoy conocido como la Comunidad Andina de Naciones (CAN), surgió por la necesidad de los distintos países miembros de crear un organismo de integración para unir las fuerzas de todos los países y ser más competitivos en el mercado mundial, como quedó sentado en el primer esfuerzo que se hizo para conseguir el objetivo en la Declaración de Bogotá de 1966 donde sentaron las bases para la creación del Pacto Andino⁵³.

El Acuerdo de Cartagena de 1969 constituyó el Pacto Andino, Chile firmante inicial, abandono el Pacto en 1976 y Venezuela, en cambio, se adhirió en 1973 y renunció en el año 2006. De esta manera los países que actualmente conforman el Pacto Andino, transformado en Comunidad Andina, son: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú. Además España y Panamá gozan del *status* de observadores⁵⁴.

⁵¹ Ibidem. Pág. 86

⁵² Battaller Francisco y Jordán Joseph, 2004, en <http://www.realinstitutoelcano.org/>

⁵³ Ravassa Gerardo José, Derecho Internacional Mercantil Internacional, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2004, Pág.232

⁵⁴ Ibidem

La Comunidad Andina de Naciones está diseñada siguiendo el modelo de la Unión Europea, inspirada en sus principios, reglas, objetivos y estructura⁵⁵.

Entre los objetivos de la CAN se encuentra el desarrollo, la integración y cooperación económica y social, la generación de empleo, el establecimiento de un mercado común latinoamericano, el mejoramiento del nivel de vida de los habitantes de los países miembros, y otros⁵⁶.

Dentro de las políticas económicas que ha planteado la CAN para sus países miembros, y que protegen los derechos del consumidor se puede destacar el interés por el equilibrio en los mercados, tomando medidas contra las prácticas que de alguna manera puedan perjudicar el buen funcionamiento del mercado, y de paso causarle detrimento al consumidor⁵⁷.

Dentro de estas prácticas que pueden desequilibrar el mercado se encuentran:

- Prácticas restrictivas de la libre competencia: Se constituyen por los acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia⁵⁸.

También se consideran prácticas restrictivas de la libre competencia, la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en el mercado. Se entiende que hay una posición de dominio, cuando existe un poder en el mercado que le permite a un agente económico actuar con independencia de sus competidores, por lo menos dentro de un grado que se considera amplio y apreciable.

Este poder del mercado implica una menor participación colectiva en la fijación de los precios y cantidades, que implica una mayor unilateralidad y

⁵⁵ Ibidem

⁵⁶ Acuerdo de Cartagena de 1969, Art. 1º

⁵⁷ Decisión 285 de la CAN, en <http://www.comunidadandina.org//>

⁵⁸ Ibidem

relevancia de las decisiones que sobre estos extremos adopten las fuerzas dominantes, que de llegar a ser avasallantes, sustituyen los mecanismos del mercado.

- Prácticas concertadas: Es una forma de coordinación entre empresas, que sin haber llegado a una conclusión de un acuerdo propiamente dicho, sustituye conscientemente la cooperación práctica entre ellas por los riesgos de la competencia⁵⁹. Estas prácticas se pueden ver reflejadas en algunas de las siguientes actuaciones:

a) La manipulación indebida o fijación directa o indirecta de precios u otras condiciones de comercialización, en términos discriminatorios con relación a los que hubieran prevalecido en operaciones comerciales normales;

b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones. Asimismo, las limitaciones o prohibiciones de exportar, importar o competir;

c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento, en especial las maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas;

d) La aplicación, en las relaciones comerciales, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otras

e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos; y,

f) Otros de efectos equivalentes.

⁵⁹ Ravassa Gerardo José, Derecho Internacional Mercantil Internacional, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2004, Pág.322

- Abuso de posición de dominio en el mercado: Existe posición dominante o abuso de ella⁶⁰, cuando se incurra en las comisión de las siguientes conductas:
 - a) La fijación de precios predatorios
 - b) La fijación, imposición o establecimiento injustificado de la distribución exclusiva de bienes y servicios.
 - c) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
 - d) La adopción de condiciones desiguales con relación a terceros contratantes de situación análoga, en el caso de prestaciones u operaciones equivalentes, colocándolos en desventaja competitiva;
 - e) La negativa injustificada, a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de productos o servicios;
 - f) La incitación a terceros a no aceptar la entrega de bienes o la prestación de servicios; a impedir su prestación o adquisición; o, a no vender materias primas o insumos, o prestar servicios, a otros; y,
 - g) Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.

⁶⁰ Decisión 285 de la CAN, en <http://www.comunidadandina.org/>

Las prácticas señaladas con anterioridad tienen como objetivo evitar y extinguir la competencia entre productores, perjudicando de manera directa el consumidor, en tanto, que el consumidor debe soportar las condiciones comerciales de los productores concertados o de un productor que abusa de su posición dominante en el mercado⁶¹.

6. El Mercosur. El Mercado Común del Sur (Mercosur) tiene sus antecedentes en los tratados de origen bilaterales y conversaciones entre Argentina y Brasil, dos de las más grandes potencias económicas de América del Sur, que empiezan a acercarse en el Acta de Iguazú del 30 de Noviembre de 1985⁶².

En el Acta de Buenos Aires de 1990, surge el Grupo Mercado Común entre Argentina y Brasil, y con posterioridad, el 26 de Marzo de 1991 se firma el Tratado de Asunción, que se encuentra en vigor desde el 2 de Diciembre de 1991, que crea el Mercosur para Argentina, Brasil, Uruguay, y Paraguay. Este Tratado ha sido complementado con Acuerdos y Protocolos, de los cuales los más importantes son el Protocolo de Brasilia de 17 de Diciembre de 1991 y el Protocolo de Ouro Petro de 17 de Diciembre de 1994⁶³.

Esta organización de integración regional ha tenido como objetivo primordial la creación de un Mercado Común⁶⁴. Por esta razón, la mayor parte de la gestión del Mercosur, se encuentra orientada hacia las políticas económicas.

Dentro de estas políticas económicas del Mercosur, ha sido parte integrante y activa la protección al consumidor. Es por esto que en busca del interés general regional, que desde la perspectiva económica del MERCOSUR, que no es otro, que la liberalización del comercio intra-regional y la ampliación del mercado regional; se ha dicho que este interés general debe estar orientado en

⁶¹ Decisión 285 de la CAN, en <http://www.comunidadandina.org/>

⁶² Ravassa Gerardo José, Derecho Internacional Mercantil Internacional, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2004, Pág.238

⁶³ Ibidem

⁶⁴ Ibidem . Pág.239

consideración de los intereses de los consumidores y los usuarios⁶⁵.

Dentro de estas políticas proteccionistas, esta organización, ha fomentado la defensa comercial, traducido, en la prohibición de “cláusulas de salvaguardia” de los “derechos compensatorios” y de los “derechos anti-dumping” que se prestan a comportamientos comerciales abusivos, y han propuesto leyes de defensa a la competencia y al consumidor⁶⁶.

De igual manera Mercosur se han constituido en un gran crítico del proteccionismo de las economías de sus países miembros, argumentando, que esta política lo único que logra, es desincentivar la inversión y generar sobrecostos en los precios de los insumos y los bienes de capital. Sobrecostos que aumentan el valor del producto final, que debe pagar el consumidor, al ser el mayor afectado por la implementación de este tipo de políticas proteccionistas⁶⁷.

⁶⁵Balze Felipe, El destino del MERCOSUR: Entre la Unión Aduanera y la Integración Imperfecta, 27 de Junio de 2.000, Pág.5, en <http://www.aba-argentina.com//>

⁶⁶ Ibidem .Pág.22

⁶⁷ Ibidem .Pág.34

CAPITULO SEGUNDO

Panorama del consumidor en Colombia

Es evidente, con lo apreciado del panorama internacional, que la protección a los derechos del consumidor, se ha convertido en una prioridad para gran cantidad de países y organizaciones internacionales, toda vez que se considera que éste no tiene las herramientas y procedimientos para que, por si solo, pueda ejercer la defensa de sus derechos, y porque se hace evidente que el consumidor se ha erigido en un pilar fundamental del mercado, con lo cual, al violentarse o desconocerse sus derechos se afecta en forma inmediata el mercado.

Colombia no se mantiene al margen del proceso de protección al consumidor, sin embargo, si se compara con otras legislaciones e iniciativas a nivel mundial, se advierte que estamos rezagados y se hace apremiante una reforma que se sitúe en el siglo XXI, donde la economía, la competencia, el mercado, la inversión extranjera, la globalización son las constantes y la filosofía que inspiró nuestro estatuto de protección al consumidor resulta incongruente y anacrónica.

2.1- La protección del consumidor en el Colombia

A través de las reformas constitucionales de los años 1910, 1936, 1945, 1986 se fueron incorporando varias modificaciones al régimen del manejo de la economía del país, y precisando el papel que debía desempeñar el Estado en el desarrollo de la economía. Entre ellas, las más importantes, fueron las de 1936 en el cual se consagra la intervención del Estado tanto en la producción y conservación como en la distribución de la riqueza, y la de 1986 en la cual se consagró la libertad de empresa y la iniciativa privada⁶⁸.

Si bien, dentro del marco de la Constitución de 1886, se expidió en el año 1982 el Estatuto del Consumidor, que constituye la actual normatividad de los derechos del consumidor, lo cierto es que ya se habían empezado a dictar normas

⁶⁸ Vallejo María Cristina y Gutiérrez Ríos Paola, Fraude al Consumidor, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, Pág.13.

tendientes a proteger el mercado y a establecer un régimen de la competencia. Estas normas, aunque no estaban destinadas a proteger al consumidor, en forma indirecta lo benefician en la medida en que se buscaba evitar acuerdos o convenios que directa o indirectamente tuvieran por objeto limitar la producción, el abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios y, en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.

De otra parte la reglamentación de la época también regulaba los proceso de integración, fusión o consolidación de empresas, teniendo en cuenta que podría presentarse un monopolio o un abuso de posición dominante en el mercado que podría alterar las condiciones del mismo y, en forma derivada, un perjuicio al consumidor.

Esta reglamentación es la ley 155 de 1959 que también contempló algunas normas sobre competencia desleal, que aunque regula y sanciona la relación ilícita que se suscita entre empresarios competidores, en forma colateral incide en la órbita del consumidor. Es así que se reprimían y sancionaban los actos de engaño, confusión o la imitación de productos, que tendían a proteger al empresario que veía frustrada su iniciativa, pero como se puede suponer, protegían de manera marginal al consumidor que era quien sufría los verdaderos efectos del acto de engaño o confusión⁶⁹.

De otra parte, habría que mencionar las normas penales que trataban de sancionar conductas como el acaparamiento, la especulación, la usura, etcétera.

Obviamente, no existía una norma constitucional, ni legal, ni reglamentaria que, específicamente, contemplara y regulara los derechos de consumidor y su protección. Como se dijo atrás, la reglamentación existente no se refería al tema pero, colateralmente, incidía en la protección de los derechos del consumidor.

⁶⁹ Ibidem

Como se indicó, a principios de los años ochenta, se expidieron las primeras normas en el país que tendían a la protección del consumidor⁷⁰. Para el momento se promulgó la Ley 73 de 1981 y el Decreto 3466 de 1982, conocido como el Estatuto del Consumidor. Este cuerpo legal se concibió como un ordenamiento punitivo o sancionatorio para el vendedor de productos que resultaran afectando al consumidor. Además, se estableció toda una política de fijación y control de precios de bienes y servicios.

Si bien, se puede criticar hoy día su orientación y dinámica, lo cierto es que para la época fue un gran avance el hecho de que, por primera vez, se reconocieran los derechos de los consumidores, que la ley civil ni la comercial, los contemplaban. Se mencionaba por primera vez, la calidad mínima de los bienes y servicios que se ofrecieran al público, así como su idoneidad; el derecho a recibir información veraz y suficiente; a la indicación de precios y a obtener una indemnización en caso de resultar afectado por un bien o un servicio defectuoso.

Tal vez, el mayor avance logrado en éste campo, fue en 1991, con la consagración constitucional del derecho que le asiste a los consumidores para acceder a bienes y servicios de calidad e idoneidad, libres de vicios que puedan atentar contra la vida, la salud y la seguridad de las personas. Esta consagración constitucional, por si sola no garantiza una efectiva protección, por cuanto se hace necesario un desarrollo reglamentario que agilice los procedimientos para restablecer los derechos vulnerados, se establezcan garantías mínimas y mecanismos para solucionar diferencias.

Dicha reglamentación se hizo esperar y hasta la fecha no existen mayores desarrollos sobre el tema. Si bien se escuchan algunas disposiciones aisladas, no se ha llegado al establecimiento de un estatuto integral sobre la materia que esté acorde con la actual situación de nuestra sociedad y el mercado⁷¹.

⁷⁰ Ibidem

⁷¹ Ibidem

Registramos que durante el gobierno de Cesar Gaviria Trujillo, se inició el proceso de apertura económica, con el fin de lograr la internacionalización de la economía. Al efecto, se crearon condiciones legislativas y escenarios regulatorios idóneos para las transacciones comerciales transnacionales o internacionales.

Para que pudiera ser más viable la apertura económica, se redefinió la forma de intervención gubernamental, que hasta el momento era altamente intervencionista – *Estado Policía*- a una “presencia” mucho más neutral para que de esa manera, se reactivara el crecimiento de la economía como resultado de mejoras en eficiencia, productividad y competitividad⁷². Con el cambio de modelo, el Estado tendía a marginarse de su actividad en el mercado, dejando actuar más activamente a los particulares.

A raíz de la reforma constitucional de este periodo presidencial, y de la tendencia mundial a crear economías más competitivas, se planteó “La Revolución Pacífica” una reforma comercial con el fin primordial de promover la competencia en el mercado de bienes.

Aunque en desarrollo de este plan de gobierno se crearon normas para evitar el abuso de la posición dominante que, en últimas, favorecerían a los consumidores, no se tomaron medidas concretas y específicas para la protección de los derechos de los consumidores⁷³.

En el discurso de presentación de su Plan Nacional de Desarrollo, el expresidente Gaviria expresó:

“Nadie puede desconocer que la preservación de los privilegios proteccionistas sobre el mercado interno aisló a los productores nacionales de la competencia, generando en muchos casos mercados monopólicos y oligopólicos cuyos costos de producción y niveles de precios se encuentran bien por encima de los internacionales. En una

⁷² Gaviria Trujillo Cesar, La Revolución Pacífica. Modernización y apertura de la economía, Vol 1, Bogotá, Presidencia de la República, Departamento Nacional de Planeación, 1991, Pág. 12

⁷³ Vallejo María Cristina y Gutiérrez Ríos Paola, Fraude al Consumidor, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, Pág.71

estructura productiva de esa naturaleza, el consumidor y los exportadores son los que terminan pagando las consecuencias. Los primeros a través de mayores precios y mala calidad, y los segundos perdiendo mercados internacionales por los sobrecostos a su producción.”

Si bien en esta presentación se hace referencia de manera enfática a la protección de los derechos del consumidor, lo cierto y evidente fue que en el desarrollo de las políticas de este gobierno, no se hizo ninguna referencia a medidas de protección de los derechos de los consumidores que pudieron verse vulnerados con la adopción del nuevo sistema económico.

La única referencia que se encuentra en relación con los consumidores, es en la Ley 7 de 1991, en su artículo 2, numeral 4, que consagró: “Impulsar la modernización y la eficiencia de la producción local, para mejorar su competitividad internacional y satisfacer adecuadamente las necesidades del consumidor”⁷⁴.

Esta norma, aunque hace mención de los consumidores, lo hace en forma secundaria, toda vez lo que se consagraba era uno de los principios orientadores de la promoción de las exportaciones, ya que se pretendía cimentar un sector exportador sólido, dinámico y en constante crecimiento para alcanzar el éxito en la política de internacionalización de la economía colombiana. De esta manera, y en forma marginal, se beneficiaría al consumidor⁷⁵.

El gobierno trabajó arduamente en la transformación del modelo económico, en la reforma de las estructuras legales, fiscales, del régimen de cambios, del régimen de inversión extranjera más flexible y de las reglas laborales que contribuyeran al fortalecimiento de la economía. Esto trajo, entre otros, que el comportamiento del mercado interno variara sustancialmente, bien por el flujo de bienes y servicios de origen extranjero, como también por el establecimiento de un modelo de desarrollo basado en el conocimiento y la generación de ventajas competitivas.

⁷⁴ Vallejo María Cristina y Gutiérrez Ríos Paola, Fraude al Consumidor, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, Pág.17

⁷⁵ Ibidem

Aunque se establecieron garantías para el empresario e inversionista, el Gobierno olvidó por completo al consumidor, ese actor que es uno de los pilares del mercado. Durante la época del presidente Gaviria (1990 – 1994), no se mejoró o actualizó el Estatuto del Consumidor, y salvo algunas referencias aisladas, no existió un trabajo profundo ni reforma estructural sobre el tema.

La única referencia concreta fue en el Decreto 2153 de 1992, por medio del cual se reestructuró la Superintendencia de Industria y Comercio, en el artículo 18 se establecieron las funciones de dicho organismo en la protección al consumidor, que se resumen en darle aplicación al estatuto del consumidor. Otra referencia fue la consignada en el artículo 48, donde se reprimen los actos contrarios a la libre competencia, y se establece que por tal se tendrá, entre otros, la infracción a las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor.

En este mandato, salvo la consagración constitucional, los avances en la materia fueron más bien escasos. Salvo repetición de normas de 1982, no se logró una verdadera protección acorde con el modelo económico impuesto en dicho período presidencial⁷⁶.

Por su parte, durante el gobierno de Ernesto Samper Pizano, 1994 – 1998, se hicieron incipientes avances de protección al consumidor, pero solo en el sector financiero y en materia de servicios públicos, pero no se realizó ningún avance para la reforma del Estatuto del Consumidor. Pese a que se estaba consolidando el modelo de apertura y se seguían estableciendo cambios estructurales en la economía, la labor del Gobierno se concentró en la parte activa de la relación comercial, esto es, en el productor, vendedor o distribuidor, pero no se contemplaron mecanismos de protección y de actuación a favor del consumidor.

Tiempo después durante el gobierno de Andrés Pastrana Arango, se presentó el Plan Nacional de Desarrollo “Cambio para construir la paz” para los años de 1998 a 2002, buscando la participación del sector privado en la financiación de

⁷⁶ Ibidem

proyectos para mejorar las ventajas competitivas, y la gestión en las prestación de los servicios públicos domiciliarios para generar beneficios para los usuarios, traducidos en disminución de tarifas y mejoramiento de la calidad de bienes y servicios, conforme al artículo 9 de la Ley 142 de 1994.

En el capítulo que refería a Industria y Comercio, dentro de este Plan, se mencionaba:

“Se desarrollarán las bases para un nuevo código de consumo, se impulsará una mayor organización de los consumidores, y se procurará la centralización del sistema de normalización, acreditación, certificación y metrología en la Superintendencia como organismo único de acreditación”.

De esta manera se dejaba ver el gran interés del gobierno, en la reforma de la normatividad actual del Estatuto del Consumidor, Decreto 3466 de 1982, con el fin, de pasar de un Estatuto a un Código del Consumo.

Como respuesta a este interés, la Superintendencia de Industria y Comercio y el Ministerio de Desarrollo Económico presentaron el proyecto de ley Nro. 039 de 1998⁷⁷ (Senado).

Este proyecto tenía elementos innovadores en materia de protección al consumidor, pues introducía en su articulado, temas que nunca habían sido reglamentados, tales como:

- Se enumeraban los derechos básicos de los consumidores, y su desarrollo, incluyendo dentro de estos, derecho a la reclamación directa, derecho a la reclamación administrativa o judicial, derecho de reparación, derecho a informar, derecho a la retractación, derecho a la información, divulgación y educación en los derechos del consumidor, derecho a la protección contra la publicidad engañosa y contra los métodos comerciales abusivos y desleales, derecho a la representación,

⁷⁷ Revista de novedades legislativas, Superintendencia de Comercio, Julio, 2003

derecho a la orientación sobre el ejercicio de sus derechos, derecho de participación y de consulta, entre otros.

- Se ofrecía una definición más completa de qué se debía entender por consumidor, los deberes del mismo y se hacía la exclusión de quienes no eran consumidores, (advertimos que tales precisiones no existen en el actual Estatuto).
- Contenía un capítulo completo de información, que debía brindársele al consumidor en relación con los productos, los precios, las garantías, etc. Obviamente, tal reglamentación es inexistente en el Estatuto actual, pese a que la tendencia mundial es brindar al consumidor una información completa y exacta de los bienes y productos que se encuentran en el mercado.
- De igual manera, se incluía un título, que se dedicaban de manera exclusiva a la educación, publicidad e información que el consumidor debía conocer, gestionando de esta manera una nueva cultura del consumo.
- También se consagraba un título, dedicado a las ventas a plazos, las promociones, los contratos de adhesión, las ventas a domicilio. Modalidades de contratos que han proliferado de tiempo para acá y que ofrecen al consumidor agilidad en sus transacciones, pero que en la actualidad no se encuentran reglamentadas, y mucho menos incluidas dentro del actual Estatuto del Consumidor.
- Asimismo, este proyecto tenía como iniciativa la creación del Consejo Nacional de Protección al Consumidor; y toda una estructura de solución directa de los reclamos a través de la conciliación, la mediación y el arbitramento.

Obviamente, tales iniciativas quedaron en espera de un nuevo gobierno o para otra época legislativa donde se considere que, efectivamente, si hay que actualizar el estatuto del consumidor y se le brinden herramientas efectivas para la protección de sus derechos.

Por su parte, en el primer mandato de Álvaro Uribe Velez, 2002 – 2006, se presentó un proyecto de reforma al Estatuto del Consumidor, el proyecto de ley

Nro. 115 de 2.000⁷⁸ (Cámara), formulado en esta oportunidad por el Ministerio de Desarrollo Económico.

Este proyecto seguía los mismos lineamientos del proyecto atrás reseñado, pero desafortunadamente, tampoco tuvo un final feliz, porque, al parecer, frente a este tema priman los derechos de los industriales y empresarios que los de los consumidores, que se encuentran prácticamente desprotegidos, con un Estatuto que no es acorde a la actualidad del mercado.

Razón por la cual después de varios intentos de reforma continuamos con el mismo estatuto de 1982, que no es acorde a las necesidades del mercado moderno, y menos a las necesidades de los consumidores.

2.2 La Constitución política de 1991 y los derechos del consumidor.

Ahora bien, con el recuento histórico de los avances en materia de protección al consumidor, se hace necesario entrar a precisar el contexto jurídico de la materia, para lo cual sería conveniente comenzar con el tratamiento constitucional, para terminar con el brindado por el Estatuto.

En la Constitución de 1991 se planteó la creación de un nuevo sistema económico, un sistema económico, que reemplazará el concebido en la Constitución de 1886, basado en la iniciativa privada⁷⁹ como lo dijo la Corte Constitucional en su sentencia C- 535 del 23 de Octubre de 1997:

“Entre los distintos modelos de organización del mercado, la Constitución ha optado por uno que privilegia la libre competencia, para lo cual se reserva a la ley, vale decir, al gobierno democrático, la función de velar porque se configuren las condiciones que lo hacen posible (...)”⁸⁰.

⁷⁸ Proyecto de ley publicado en la Gaceta del Congreso 394/ 2004

⁷⁹ Najar Ibáñez Jorge Enrique, Los Derechos de los Consumidores y Usuarios, en Política y Derecho del Consumo, Navegante Editores, Julio de 1998, Pág.62

⁸⁰ Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C- 535 del 23 de Octubre de 1997. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Como protección a los consumidores dentro de este ambiente de libre empresa y apertura económica, se consagraron constitucionalmente, los derechos de los consumidores señalados de manera expresa en el capítulo de los derechos colectivos y del medio ambiente.

Revisando la exposición de motivos de esta disposición constitucional tenemos que ni en la Constitución del 1886 ni en ninguna de las reformas realizadas hasta la creación de la Constitución de 1991, se habían reconocido de manera expresa los derechos colectivos, razón por la cual, fue imperante para nuestra constituyente consagrar estos derechos y su protección; aunque como dijo la Comisión Quinta de la Asamblea Nacional Constituyente “No es tarea fácil precisar el concepto y alcance de estos derechos, por cuanto la colectividad, en cabeza del cual están radicados, carece de personería jurídica formal y, en consecuencia, no es en principio sujeto de derechos y obligaciones”

No obstante, se destacó la importancia de estos derechos al considerar que ellos propendían por la satisfacción de las necesidades de tipo colectivo y social, que por su naturaleza e importancia, requerían un reconocimiento en la Carta Política para que fuera posible fomentar la solidaridad entre los habitantes del territorio Nacional para la defensa de vitales intereses de carácter colectivo que propiciaran la creación de instrumentos jurídicos adecuados para su protección.

a. Relación entre los derechos fundamentales y derecho del consumo. Si bien es cierto que el Constituyente de 1991 no le dio el rango constitucional, de “Derecho Fundamental” a los derechos del consumidor, no lo es menos que su consagración expresa se encuentra en el artículo 78 del Texto, ubicado dentro del capítulo “De los derechos colectivos y del ambiente”, razón por la cual, es posible afirmar que los derechos del consumidor se encuentran altamente vinculados con los derechos fundamentales.

Los derechos de los consumidores se encuentran dentro de los derechos colectivos y del medio ambiente y su efectividad siempre se enmarca dentro de los

derechos económicos, sociales y culturales consagrados por la Constitución de 1991.

El sistema económico constitucional colombiano esta edificado sobre la premisa de la garantía y el respeto de los derechos económicos o de los que tengan algún contenido económico, tales como: a) El derecho a la propiedad; b) El derecho a la libertad económica; c) El derecho de asociación; d) El derecho a escoger profesión u oficio; e) El derecho al trabajo; f) El derecho a la libre competencia económica; g) El derecho a la prestación eficiente de los derechos públicos; h) El derecho a que se inspeccione, vigile y controle a los sujetos que realizan la actividad económica; y, por último, entre otros, i) el derecho de los consumidores y usuarios a la calidad de producción y distribución de los bienes y a que se haga efectiva la responsabilidad de los productores y distribuidores cuando atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento.⁸¹

Por estas razones nuestros constituyentes consagraron artículos de gran importancia para el desarrollo de los derechos sociales tales como el Artículo 78 que hace referencia a los derechos de los usuarios y consumidores de bienes y servicios.

En la primera parte de este Artículo tenemos que el Estado a través de *“la ley regulará el control de calidad de los 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”*.

En este artículo vemos como el constituyente consagró el derecho colectivo a la competencia económica. Con esta disposición lo que se quiso obtener fue una norma que le diera eficiencia al mercado y por lo tanto que creara un ambiente propicio para la libre competencia; lo que se traduce en que, las relaciones entre

81 Constitución Política de Colombia, Artículo 78

los agentes económicos encuentran un límite en el bien común, la sociedad se beneficia y se propicia la satisfacción de las necesidades, en tanto, que cualquier acto o hecho que transgreda esta libre competencia es un golpe directo contra la colectividad, dentro de la cual juega un papel decisivo cada usuario de bienes y servicios.

En la segunda parte de este artículo se puede encontrar: *“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”*

Tradicionalmente hemos visto que los consumidores se encuentran en una posición de inferioridad frente a los productores y comerciantes, es por este motivo que la Constitución de 1991 consagró la intervención del poder público para salvaguardar a los consumidores en esa posición de inferioridad para que pudieran hacer efectivos sus derechos a la salud, seguridad, información, libre elección, adecuado aprovisionamiento y para protegerlos también contra todo indebido aprovechamiento de sus condiciones de indefensión.

Por esta razón se elevó a norma constitucional la protección al consumidor con lo cual se pretendía dar un fundamento para la posterior creación de instrumentos que dotaran al consumidor de una efectiva defensa.

b. La consagración de la libre autonomía privada, como fuente del derecho negocial y su incidencia en el derecho del consumidor. Dentro de este marco de política económica, el Constituyente también consagró artículos como el 333 y el 334 en los cuales se refiere a la iniciativa privada y la empresa, además, a la intervención del Estado en la economía.

Estos artículos son de vital importancia en este estudio pues, como ya se mencionó, los derechos del consumidor se desarrollan en un ámbito netamente económico.

Es necesaria la existencia de una buena economía del mercado, con responsabilidad de los agentes económicos, de cuyo funcionamiento adecuado depende la eficiencia del sistema productivo y el bienestar de los consumidores.

Por esta razón, se señaló expresamente la intervención del Estado al tratarse de un tema de gran trascendencia social, como lo dijo la Corte Constitucional:

“... la competitividad y la soberanía de los consumidores, son elementos que sin una activa y transformadora acción estatal del tipo corrector, fácilmente decaen y pierden toda incidencia, pudiendo fácilmente ser sustituidos por la unilateralidad de las fuerzas predominantes en el mercado y por el alienante y desenfrenado consumismo de masas; la importancia de los mercados libres, competitivos y transparentes, justifica la permanente acción estatal dirigida a que estas características se mantengan o se impongan, en la medida en que ello sea posible, con el fin de preservar la opción de los individuos y la existencia de un proceso económico abierto y eficiente”⁸²

El consumidor al encontrarse como un elemento activo de la relación negocial y del mercado, se ve directamente afectado por todos los factores que puedan incidir de una u otra manera en el desarrollo del mercado, por esta razón la libre autonomía privada, incide en como se comporta el mercado, y genera consecuencias para los consumidores.

c. Los límites constitucionales de la libre iniciativa privada. El artículo 333 de la Constitución Política de Colombia consagra: *“La actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.*

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

⁸² Sentencia C- 870 de 2003, Corte Constitucional, M.P. Dr. Jaime Araujo Rente

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado por mandato de la ley impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley de limitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural”

De esta manera el constituyente limitó la libre iniciativa privada al concepto de bien común.

Los artículos 333 y 13 de la Constitución se relacionan con particular énfasis al permitirle a todas las personas ejercer libremente la actividad económica que quieran asumir, dentro de los límites del bien común. Consecuentemente, todos tienen derecho a la protección de su iniciativa privada y a la libre competencia, con las responsabilidades que ello conlleva.

Por su parte, la ley puede delimitar el alcance de la libertad económica cuando así lo exija el interés social, el medio ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. Vale decir, jurídicamente la libertad económica está garantizada por la Constitución en armonía con el derecho a la igualdad de los potenciales agentes económicos.

Por lo tanto, siempre que el legislador pretenda establecer limitaciones, exigencias o prerrogativas en torno a esa libertad, deberá examinar previamente los supuestos viables a la concreción de este derecho en un plano de igualdad material, sin perjuicio de las distinciones que pueda hacer entre unas personas y otras, al amparo de claros criterios de razonabilidad y proporcionalidad⁸³.

⁸³ Ibidem

En relación con el derecho que tienen las personas a ejercer la libertad de empresa y a percibir las utilidades que le son inherentes, el Estado se erige como director de la economía con dos fines específicos.

De una parte, debe regular, vigilar y controlar los procesos económicos en orden a fomentar y estimular la gestión empresarial, impidiendo al efecto que se obstruya o restrinja la libertad económica y evitando o controlando cualquier abuso de la posición dominante; y de otra, promoviendo y exigiendo a la empresa el cumplimiento de su función social a través de su intervención en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados⁸⁴.

Se puede decir que la actividad intervencionista del Estado se encuentra dirigida a conciliar los intereses privados inherentes de la actividad empresarial de los particulares, con el interés general, como cuando se trata el tema de prestación de servicios públicos por ello en las normas de intervención se anticipa la tensión entre la libertad de empresa y la prevalencia del interés general⁸⁵.

De esta manera, si bien la libertad de empresa admite límites que se imponen mediante la intervención en la economía que se lleva a cabo por mandato de la ley para el cumplimiento de los fines de interés general que la Constitución menciona, esta intervención no puede eliminar de raíz la mencionada libertad y debe obedecer a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Por ello la Corte Constitucional por vía de jurisprudencia se ha encargado de señalar los límites constitucionales que se imponen a la hora de intervenir la actividad económica de los particulares en aras del interés general⁸⁶.

Al respecto, ha indicado la Corte Constitucional que tal intervención: **i)** necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; **ii)** no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; **iii)** debe obedecer a motivos

⁸⁴ Ibidem

⁸⁵ Corte Constitucional, Sentencia C - 615 de 2002, Exp. D-3881, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

⁸⁶ Ibidem

adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; **iv)** debe obedecer al principio de solidaridad; y **v)** debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad⁸⁷.

Como se dijo en el aparte anterior, el consumidor asume las consecuencias de todos los factores que afecten el mercado. En Colombia rige el principio de la libre iniciativa privada en materia económica, no obstante el Estado debe crear una limitación, con el fin de proteger los derechos mínimos de las personas.

En el caso de la economía el Estado debe crear ciertas restricciones, es como en el caso de protección de los consumidores, se crea un Estatuto que proteja los derechos de las personas que reflejan los derechos e intereses de la colectividad, por tratarse de un derecho que si bien es cierto, esta en cabeza de cada persona, también lo detenta la colectividad.

Por esto es importante que el Estado restrinja en algunas oportunidades la iniciativa privada, para garantizar derechos de los consumidores como la vida, cuando hablamos de la venta de un producto tóxico; la integridad personal, cuando por ejemplo se ofrecen servicios de cirugía plástica y se afecta de manera grave la integridad si el servicio no se prestó de la manera idónea, etcétera.

2.3. La actual normatividad colombiana en materia de protección al consumidor.

Como se anunció en el primer ítem de este capítulo, se analizará la actual regulación de los derechos del consumidor, que fue expedida en 1982, bajo la Constitución de 1886.

El Estatuto del Consumidor - Decreto 3466 de 1982- se expidió cuando Colombia estaba dentro de un modelo de proteccionismo casi absoluto, en el que el cierre de las fronteras era la nota imperante. Dentro de este esquema, las opciones de los consumidores eran mínimas a la hora de acceder a bienes y servicios, lo que conducía al usuario a que sus decisiones de compra se basaran, casi

⁸⁷ Ibidem

exclusivamente en el factor precio, muchas veces con desmedro ostensible en la calidad de los bienes y servicios a los que con tantas limitaciones podía acceder⁸⁸.

Frente a estas circunstancias, las disposiciones que se pusieron en vigencia concretamente la Ley 73 de 1981 y el decreto 3466 de 1982, más conocidos como el Estatuto del Consumidor, se correspondieron con el modelo que se había planteado y reflejaban en su contenido una respuesta coherente al momento social y económico del país. En ese momento la protección al consumidor se entendió bajo los preceptos de un estatuto merante punitivo, con el establecimiento de un marcado régimen sancionatorio, aunado a una rígida política de fijación y control de precios de bienes y servicios. En otras palabras, nos hallábamos frente al ejercicio del Estado Policía, que tenía la premisa de hacerlo todo, sin contar con ninguna clase de participación de la sociedad civil⁸⁹.

Analizando un poco más a fondo la normatividad del Estatuto del Consumidor, se puede observar que la reglamentación de protección al consumidor, contiene dos tipos de normas: unas de derecho público y otras de derecho privado.

Derecho público: Al verse una clara intervención del Estado en lo atinente a la distribución de bienes y servicios. Se contemplan trámites que, en su mayoría, son administrativos y que concluyen en sanciones impuestas por determinadas autoridades a los productores, vendedores e importadores que violen las obligaciones y prohibiciones preestablecidas⁹⁰.

Derecho privado: Porque introducen figuras jurídicas el derecho privado, regulando aspectos referentes a la garantía de bienes y servicios. La facultad de retractación en los contratos de compraventa por el sistema de financiación, o la reglamentación de los contratos de prestación de servicios, entre otros.

⁸⁸ Zuluaga Giraldo Marco Aurelio, Hacia una Política y un Derecho del Consumo en Colombia, en Política y Derecho del Consumo, Navegante Editores, Julio de 1999. Pág. 31

⁸⁹ Ibidem . Pág.32

⁹⁰ Vallejo María Cristina y Gutiérrez Ríos Paola, Fraude al Consumidor, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, Pág.58

2.4. Mecanismos de protección al consumidor.

A la luz del actual Estatuto existen unos mecanismos para que los consumidores ejerzan sus derechos, aunque en la actualidad son prácticamente desconocidos, es importante conocerlos y entender el por qué, en este momento, no constituyen en realidad ninguna herramienta de defensa para los consumidores.

a. Protección administrativa al consumidor

El Estatuto del Consumidor ha establecido una serie de limitaciones relativas a la libertad de producción y distribución de bienes y servicios, señalando taxativamente unas prohibiciones y obligaciones al productor de mercancías, especialmente en referencia a la idoneidad, calidad, garantías, marcas, leyendas, propagandas, y fijación pública de precios de bienes y servicios.

También se previó un régimen de sanciones administrativas aplicables, sin perjuicio de que se puedan aplicar otras acciones de carácter judicial y se señala el trámite para imponerlas.

La norma contempla distintos procedimientos. Por ejemplo, para imponer sanciones por a) incumplimiento de las normas sobre calidad e idoneidad del producto; b) incumplimiento de las obligaciones referentes a marcas, leyendas y propaganda comercial; c) incumplimiento de normas sobre fijación pública de precios; d) incumplimiento de normas sobre contratación a crédito y financiación;

Todos estos procedimientos se llevan ante la Superintendencia de Industria y Comercio. En esencia, son procedimientos donde la carga probatoria y de impulso del proceso, le corresponde al particular que se sienta lesionado.

Como se trata de un proceso sancionatorio, debe garantizarse al productor, vendedor o distribuidor su derecho de defensa, y por tanto se procura, al máximo, notificarle sobre la admisión de la queja, con el fin de que ejerza su derecho. En forma subsecuente, se abre el proceso a pruebas y en caso de hallarse algún tipo de responsabilidad se aplican las sanciones previstas en la norma.

Normalmente, la sanción es una multa, que es de cumplimiento inmediato, porque la eventual prohibición temporal de producir, distribuir u ofrecer casi nunca se impone, a menos que sea un caso crítico de reincidencia.⁹¹

Lo que sucede, en la mayoría de los casos, cuando se inicia el proceso, es que el productor o vendedor concilia de manera voluntaria con el consumidor. Cabe resaltar que la Superintendencia de Industria y Comercio desafortunadamente no tiene facultades conciliatorias por lo cual no puede llamar a las partes a conciliar, sobre el tema objeto de queja.⁹²

Habría que hacer ciertas precisiones en cuanto a las consecuencias del procedimiento sancionatorio por incumplimiento de las obligaciones referentes a marcas, leyendas y propaganda comercial. Aquí se entiende que el productor es responsable por las marcas, leyendas que exhiban sus productos así como la propaganda comercial de los mismos, cuando su contenido no corresponda a la realidad o induzca en error al consumidor. Para el caso, se sigue el mismo procedimiento mencionado, pero a las sanciones se le adiciona la obligación del productor de corregir la marca, leyenda o propaganda comercial y de tomar las medidas necesarias para evitar que se repita la misma situación.⁹³

Los problemas que presentan este tipo de actuaciones administrativas es que, de una parte, usualmente, las personas que ejecutan este tipo de conductas no se encuentran dentro del comercio organizado, y por tanto las autoridades se encuentran imposibilitadas para ejecutar las acciones correspondientes para evitar que los consumidores salgan perjudicados. Puede que se logre decomisar los productos con leyendas engañosas pero no se logra una indemnización a favor del consumidor perjudicado.

De otra parte, por tratarse generalmente de comercio informal, las sanciones a imponer caen en el vacío por faltar la parte pasiva de la actuación administrativa.

⁹¹ Ibidem. Pág.74

⁹² Ibidem

⁹³ Ibidem

Dentro de este procedimiento también se pueden encontrar los casos, en que se le ofrece al usuario algún beneficio que no se cumple. Por ejemplo en el caso de la empresa de Telefonía Celular Colombia Móvil S.A. E.S.P. que ofreció a sus usuarios el beneficio de comunicarse entre usuarios del mismo operador por 30 pesos por tres años, previa inscripción, como se anuncio con la campaña publicitaria de “Pioneros”.⁹⁴

Pero no obstante de ofrecer este beneficio a sus usuarios, algunos de ellos no pudieron suscribir contratos con esta compañía, en tanto que, Colombia Móvil quince días antes de terminar dicha campaña, no tenía en sus existencias equipos celulares de gama baja, por lo cual si los usuarios querían suscribir el contrato debían adquirir de manera obligatoria un equipo celular de gama alta, restringiendo de esta manera el acceso al servicio, por una circunstancia ajena al usuario.

En este caso la Superintendencia de Industria y Comercio, impuso a Colombia Móvil una multa pecuniaria por la restricción injustificada al servicio y por la falta de veracidad de la campaña publicitaria; pero en este caso muchos usuarios no pudieron suscribir el contrato con esta compañía celular por no tener los recursos para comprar un equipo de gama alta que tiene un valor más elevado, en este caso tenemos que algunos usuarios pudieron adquirir sus equipos pero a un precio mucho más elevado del que tenían presupuestado en un principio, causándoles un detrimento patrimonial. Pero otros usuarios definitivamente no les fue posible adquirir el equipo, por la elevación de los costos de los equipos, por la falta de previsión de esta compañía, y frente a ellos nunca se dijo nada, y perdieron el beneficio que se les aseguro iban a recibir, que consistía, en el valor de 30 pesos la llamada entre celulares del mismo operador.

b. En el tema del proceso sancionatorio por incumplimiento de normas sobre fijación pública de precios, el problema que se presenta es que la norma resulta anacrónica, pues perdió vigencia ante la libertad de precios vigente en el mercado

⁹⁴ Resolución 4912 de la Superintendencia de Industria y Comercio. En el proceso contra la sociedad Colombia Móvil S.A E.S.P.

y, de otra parte, cuando se presenta el caso de tachaduras, enmendaduras, doble precio de un mismo bien, la norma prevé que se cobrara el que sea de valor más bajo, pero la cuantía de las reclamaciones resulta irrisoria que desestima al consumidor para adelantar un proceso, o, sucede que, ante la queja del consumidor, se obtiene como respuesta que el bien ya subió de precio, que era de un pedido pasado, u otra serie de explicaciones para no cobrar el valor más bajo, al que, por supuesto, tiene derecho.⁹⁵

De otra parte existen normas complementarias para los procedimientos sancionatorios por: violación a disposiciones destinadas a la protección del consumidor de productos especiales; la violación de las normas sobre pesas y medidas, y el incumplimiento de norma sobre control de precios y contravenciones a las disposiciones sobre precios.

a. En cuanto a las sanciones por violación a disposiciones destinadas a la protección del consumidor de productos especiales, nos referimos a alimentos, drogas, medicamentos y cosméticos, bienes de uso doméstico, sustancias peligrosas, plaguicidas y artículos pirotécnicos.⁹⁶

Hay que advertir que, actualmente la función de vigilancia y control de estas normas corresponde al Ministerio de Protección Social y al Sistema Nacional de Salud, con colaboración de todos los organismos del Estado, dentro de sus competencias.

En cuanto a la autoridad competente para conocer de estos procesos, el Código Sanitario atribuye algunas funciones a los alcaldes e inspectores como autoridades de policía para vigilar el cumplimiento de la normas que prohíben anunciar drogas y medicamentos por medio de pregones y altoparlantes, anuncios, murales, hojas, volantes, carteles y afiches. En Bogotá está función la

⁹⁵ Vallejo María Cristina y Gutiérrez Ríos Paola, Fraude al Consumidor, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, Pág.77

⁹⁶ Ibidem. Pág.78

desempeña la Oficina de Áreas y Acciones en Salud, dependencia de la Secretaría Distrital de Salud.⁹⁷

Si estas entidades encuentran irregularidades, pueden imponer sanciones consistentes en: amonestación, multas sucesivas hasta un salario diario mínimo legal; decomiso de productos; suspensión o cancelación del registro o licencia respectivos; cierre del establecimiento, edificación o servicio respectivos; como sellamientos y decomisos. Medidas de seguridad: clausura temporal del establecimiento; suspensión de trabajos o servicios; suspensión temporal de la venta o empleo de productos, destrucción o desnaturalización de productos y artículos.

Adviértase que se trata de procesos sancionatorios o punitivos en contra del productor, pero no se menciona al consumidor que resulta perjudicado con la actuación del productor. Como ya se ha mencionado en otros apartes de esta investigación, la principal queja que se tiene frente a las normas “protectoras” de los derechos del consumidor es que no contemplan al sujeto pasivo de la actuación irregular sino que se trata de un compendio de normas punitivas que recaen directamente sobre el productor o distribuidor de bienes o servicios, pero no resarcen en forma efectiva y eficiente al consumidor que es el directo afectado.

El afectado por los hechos sancionables deben adelantar, para efectos de lograr una indemnización, un proceso adicional por la vía jurisdiccional.

b. Para el caso de los procesos sancionatorios por la violación de las normas sobre pesas y medidas, lo que se pretende es castigar el uso de pesas y medidas alteradas o disminuidas o que traten de engañar al consumidor.

Por regla general, la función de instrucción y sustanciación de esas infracciones esta encomendada al Inspector de Precios, Pesas y Medidas que cumple sus

⁹⁷ Ibidem

funciones en las alcaldías del país. Sin embargo, también se ha dotado de funciones a las autoridades de policía con el fin de brindar una mayor cobertura⁹⁸.

Este procedimiento es breve y no tiene una formalidad, el consumidor simplemente presenta la queja y el Inspector de Pesas y Medidas va al establecimiento contra el cual se ha elevado la queja y verifica la infracción. Si se encuentra una alteración en los instrumentos destinados a pesar y medir, el funcionario impone las sanciones correspondientes, mediante resolución motivada⁹⁹.

c. Respecto al proceso por incumplimiento de norma sobre control de precios y contravenciones a las disposiciones sobre precios, está regulado por los artículos 14, 15 y 16 del Decreto 2876 de 1984, y artículos 16 y 17 del Decreto 868 de 1988. En estas normas se prevén sanciones como: a) multa hasta por 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de su imposición; b) el decomiso de productos objeto de especulación o acaparamiento; c) el cierre del establecimiento hasta por 30 días; y d) la cancelación definitiva de la licencia de funcionamiento al infractor¹⁰⁰.

Se aclara que si bien se afirmó que los procesos para la protección del consumidor los atiende la Superintendencia de Industria y Comercio, lo cierto es que existen otras entidades como la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la Superintendencia de Salud o la Superintendencia Financiera, que colaboran, dentro de su específico ámbito de acción, con estas tareas de supervisión y control a favor de la protección del consumidor.

b. Protección Judicial al consumidor

Para un mayor entendimiento de las acciones judiciales, se pueden dividir tomando en cuenta el juez encargado de conocer de cada una de ellas:

⁹⁸ Ibidem. Pág.80

⁹⁹ Ibidem

¹⁰⁰ Ibidem. Pág.82

1. Ante el Juez Penal: Se puede instaurar una denuncia penal, por la posible comisión de los delitos tales como: acaparamiento; especulación; alteración o modificación de calidad, cantidad, peso y medida; daño en materia prima y producto agropecuario o industrial; pánico económico; ofrecimiento engañoso de productos

2. Ante el Juez Civil: Se pueden dividir entre las acciones de grupo y las acciones que se llevan a cabo a través del proceso verbal.

a) Acciones Populares: Como ya se dijo, el derecho de los consumidores se encuentra dentro de los derechos colectivos, como se dijo anteriormente, por lo tanto, sería viable interponer una acción popular en defensa de los derechos de los consumidores.

El artículo 88 de la Constitución Política de Colombia, preceptúa: *“La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados por el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.”*

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

Estas acciones populares están reglamentadas mediante la ley 472 de 1998, y se definen como acciones que se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos, como el derecho de los consumidores.

De las Acciones Populares conocerán en primera instancia los jueces administrativos y los jueces civiles de circuito y, en todo caso, la competencia será

la del juez del lugar de ocurrencia de los hechos o el del domicilio del demandado a elección del actor popular. Donde no haya juez del circuito o de lo Contencioso Administrativo, podrá presentarse la demanda ante cualquier juez Civil Municipal o Promiscuo, quien dentro de los dos (2) días siguientes deberá remitirla al funcionario competente.

La acción puede presentarse a través de apoderado judicial o directamente por el afectado, en cuyo caso el interesado podrá acudir ante el Personero Distrital o Municipal, o a la Defensoría del Pueblo para que se le colabore en la elaboración de su demanda o petición.

Es un proceso bastante rápido, donde prima el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, razón por la cual, el juez tendrá la facultad de tomar las medidas cautelares necesarias para impedir perjuicios irremediables e irreparables o suspender los hechos generadores de la amenaza a los derechos e intereses colectivos.

Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la presentación de la demanda o petición inicial, el juez competente se pronunciará sobre su admisión. Inadmitirá la demanda que no cumpla con los requisitos señalados en la ley, el demandante la podrá subsanar en el término de tres (3) días. Si no se hace, el juez la rechazará.

Admitida la demanda y notificada al directo responsable el demandado cuenta con diez (10) días para contestarla. Dispone la ley que la decisión final se adoptará dentro de los treinta (30) días siguientes al vencimiento del término de traslado. No obstante, por la necesidad de practicar pruebas y por el principio de defensa y de contradicción, el proceso puede demorar más de un año, sin que se garantice que el demandado cumpla. Para el efecto, habría que mirar, aunque los derechos violados no son de los consumidores, los procesos de Dragacol, o de las acciones de Ecopetrol adquiridas por Fernando Londoño.

Aunque el período probatorio no puede exceder de 20 días hábiles, prorrogables por otros más, lo cierto es que una acción popular puede demorarse mucho más que lo que establece la ley.

b) Acciones de Grupo: También previstas en la Ley 472 de 1998, y se definen como las interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad.

La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios.

A diferencia de las acciones populares que no caducan, la acción de grupo deberá promoverse dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerante causante del mismo y, en todo caso, deben ejercerse por conducto de abogado.

Ahora bien, presentada la demanda, el juez cuenta con diez (10) días hábiles para pronunciarse sobre su admisión. Admitida, se correrá traslado al demandado por el término de diez (10) días, y se informará, sobre ello, a los miembros del grupo se les informará a través de cualquier mecanismo eficaz.

Cuando la demanda se haya originado en daños ocasionados a varias personas por una misma acción u omisión, o por varias acciones u omisiones, derivadas de la vulneración de derechos o intereses colectivos, quienes hubieren sufrido un perjuicio podrán hacerse parte dentro del proceso, antes de la apertura a pruebas, mediante la presentación de un escrito en el cual se indique su nombre, el daño sufrido, el origen del mismo y el deseo de acogerse al fallo y de pertenecer al conjunto de individuos que interpuso la demanda como un mismo grupo.

Quien no concurra al proceso, y siempre y cuando su acción no haya prescrito y/o caducado, podrá acogerse posteriormente, dentro de los veinte (20) días

siguientes a la publicación de la sentencia, pero no podrá invocar daños extraordinarios o excepcionales para obtener una indemnización mayor

Realizada la audiencia de conciliación con el fin de lograr un acuerdo que de por terminado el proceso, el Juez decretará las pruebas solicitadas y las que de oficio estime pertinentes, y señalará un término de veinte (20) días para que se practiquen, dentro del cual fijará las fechas de las diligencias necesarias. Sin embargo, dicho período generalmente es prorrogado.

La sentencia que pone fin al proceso, cuando resulta favorable al grupo demandante dispondrá, sobre el pago de una indemnización colectiva, que contenga la suma ponderada de las indemnizaciones individuales.

Y se ordenará la publicación de un extracto de la sentencia, en un diario de amplia circulación nacional, dentro del mes siguiente a su ejecutoria o a la notificación del auto que hubiere ordenado obedecer lo dispuesto por el superior, con la prevención a todos los interesados igualmente lesionados por los mismos hechos y que no concurrieron al proceso, para que se presenten al Juzgado, dentro de los veinte (20) días siguientes a la publicación, para reclamar la indemnización.

Con relación a estas acciones la Corte la Corte Constitucional ha dicho¹⁰¹ “Las acciones populares, aunque estén previstas para la preservación y protección de determinados derechos e intereses colectivos pueden abarcar otros derechos de similar naturaleza, siempre que estos sean definidos por la ley conforme a la Constitución y no contraríen, la finalidad pública, las Acciones Populares no tienen un contenido subjetivo individual, ni pecuniario y no pueden erigirse sobre la preexistencia de un daño que se quiere reparar, ni están condicionadas por ningún requisito sustancial de legitimación del actor distinto de su condición de parte del pueblo.”

“Las acciones de clase o grupo no hacen referencia exclusivas a los derechos constitucionales fundamentales, o a derechos colectivos, también comprenden los

¹⁰¹ Corte Constitucional, Sentencia T-067 de Febrero 24 de 1993

derechos subjetivos de origen constitucional o legal y necesariamente suponen la existencia, reclamo y demostración de un perjuicio o daño causado y cuya reparación se puede pedir ante el juez; empero exigen siempre que este daño sea de los que son causados en ciertos eventos a un número plural de personas que por condiciones y por su dimensión deben ser atendidas con prontitud, inmediatez, efectividad, y sin mayores requisitos procesales dilatorios.”¹⁰²

En sentencia No. T – 254 de Junio de 1993¹⁰³ dijo la Corte Constitucional: “Contenido de las acciones populares: La Carta Política consagró dos especies de acciones populares, claramente diferenciables: la primera, que corresponde al inciso 1º del artículo 88, es jurisprudencialmente conocida como: acción popular con fines concretos, y otorga a una o varias personas dentro de la comunidad, legitimación activa para defender los derechos e intereses de la totalidad de dicha comunidad; la segunda, incorporada en el inciso segundo de la misma disposición, y reconocida como: acción popular de grupo o de clase, legitima a su turno a cualquier miembro de un grupo definido de personas, para exigir la reparación económica de un perjuicio ocasionado a los individuos del grupo afectado.”

Conforme a las orientaciones de la Corte, una ley podría legitimar a cualquier persona - que eventualmente puede ser un consumidor - sin ninguna necesidad de que lo pruebe, para incoar la acción, porque de acuerdo a las características, tiene una gran repercusión social.¹⁰⁴

Frente a las llamadas acciones de clase o de grupo, un consumidor puede demandar el resarcimiento de perjuicios por la totalidad de los miembros del grupo afectado; el problema de esta acción es que los consumidores no la conocen y por eso no es utilizada muy frecuentemente¹⁰⁵

¹⁰² Ibidem

¹⁰³ Corte Constitucional, Sentencia T – 254 de 30 de Junio de 1993, Exp. T-10505, M. P. Antonio Barrera Carbonell

¹⁰⁴ Quijano Parra Jaime, Mecanismos Judiciales de Protección al Consumidor, en Política y Derecho del Consumo, Navegante Editores, Julio de 1999, Pág.480.

¹⁰⁵ Ibidem

c) Acciones a través del Proceso Verbal

Contemplado este proceso en el artículo 36 del Decreto 3466 de 1982, al cual resultaría importante resaltar:

1. Se trata de un proceso de indemnización de daños y perjuicios;
2. Se trata de un proceso verbal previsto o contemplado en el Título XXXIII del C.P.C.
3. El demandante puede demandar personalmente, cuando los perjuicios son de mínima cuantía. En lo demás casos, puede demandar si es abogado en ejercicio, lo cual, como es obvio, constituye una restricción de acceso a la justicia;
4. En todo caso, el demandante se puede hacer representar por la Liga o Asociación de Consumidores;
5. Si hay acumulación de pretensiones, las personas que demandan deben perseguir total o parcialmente prestaciones similares. No se exige como en cualquier proceso civil que sean las mismas prestaciones. Por el contrario, se habla de prestaciones similares, aunque, para evitar cualquier exceso, se agrega que deben tratarse de reclamaciones sobre artículos o servicios de la misma naturaleza y clase. De esta manera se garantiza el principio de economía procesal que resulta vital a la hora de reclamar unos perjuicios.¹⁰⁶

Del procedimiento:

- I. Con el fin de no hacer un desgaste innecesario de la jurisdicción se pide al demandante que acompañe a la demanda prueba siquiera sumaria de los hechos invocados, es decir, que se allegue una prueba que tenga la idoneidad suficiente para mostrar los hechos que son objeto del proceso. Se alivia en cierta forma la carga probatoria al demandante que puede iniciar la actuación de la jurisdicción en forma relativamente sencilla.

¹⁰⁶ Ibidem. Pág.434

II. Se utiliza la notificación por edicto público, con el fin de notificar a otras personas que se crean con derechos derivados de hechos que sean similares a los que motivaron la demanda.¹⁰⁷ Se pretende así convocar a todos los lesionados con la actuación del proveedor o productor de bienes o servicios. Sin embargo, los edictos judiciales no tienen gran publicidad o no llegan al público en general con lo cual la conformación de un grupo de personas lesionadas sería casi imposible.

De otra parte, le correspondería al demandante asumir el costo de los edictos, razón por la cual, siempre se hará en un medio poco conocido que hace inoperante la convocatoria.

- III. Conforme a lo dispuesto por el numeral 6º del artículo 36 del Decreto 3466 de 1982, de las demandas presentadas, se dará traslado al demandado por el término de 5 días por auto que se notificará por estado.
- IV. Una vez se vence el término de emplazamiento, se cita a la Liga de Consumidores que corresponda al lugar del proceso para que represente a las personas que no se presentaron. Esta Liga evitará que el demandante colusione o inclusive trate de perder el proceso por acuerdos secretos que haya logrado con el demandado.

En este proceso la sentencia favorable aprovechará no solo a las personas que intervinieron en el proceso, sino a todas aquellas que fueron emplazadas y no asistieron, salvo las que decidan renunciar a este derecho de manera expresa

La Liga de Consumidores publicará por una vez dentro del mes siguiente a su ejecutoria, la sentencia favorable, en un periódico de amplia circulación.

Si bien es cierto, esta acción le brinda una protección especial al consumidor, no le brinda un acceso real a la solución de sus problemas, pues debe acudir a una jurisdicción con miles de procesos represados y sin contar en la mayoría de los casos con la información necesaria. Como al respecto dijo Jaime Arrubla Paucar :

¹⁰⁷ Ibidem

*“Estamos analizando el campo de la rama jurisdiccional, acudir al proceso verbales una ilusión, ésa no va a ser la respuesta a la problemática de la protección del consumidor en Colombia, los que hemos ejercido la profesión sabemos que en un proceso abreviado, esto no es una forma adecuada, además el problema del consumidor es un problema estrechamente ligado con el problema de acceso a la justicia en Colombia, casi lo podíamos formular como lo formularon alguna vez los norteamericanos reflexionando sobre la libertad y el debido proceso, nada hemos hecho por la libertad y nada hemos hecho por la garantía constitucional del debido proceso, si toda persona en Colombia por pequeña que sea su causa y por bajos que sean sus recursos económicos no tiene acceso a la justicia, ése es el verdadero conflicto de los colombianos”.*¹⁰⁸

El gran problema que tiene esta acción, es que en la mayoría de los casos los reclamos se hacen sobre productos que no tienen un valor económico muy grande, caso en el cual, el consumidor prefiere ahorrar esfuerzos y dinero y no presentar la acción legal; razón por la cual esta acción casi nunca es llevada a cabo.

2.5. Cuestionamiento de la eficacia y eficiencia del régimen interno

Ignorancia. a. El total desconocimiento por parte de los consumidores de las normas que los protegen , así como de los mecanismos y entidades gubernamentales y privadas que se encuentran encargadas de la tutela de sus derechos, son algunos de los elementos que le impiden la eficacia y la eficiencia del actual Estatuto del Consumidor¹⁰⁹.

b. El actual Estatuto no cuenta con políticas específicas que incentiven la creación de organizaciones de consumidores. Como se vio en el primer capítulo, en el ámbito internacional las organizaciones privadas de consumidores han jugado un papel muy activo en la protección de sus derechos, y en Colombia estas

¹⁰⁸ Paucar Arrubla Jaime, Conferencia “Problemática de la protección del consumidor”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 27 de Noviembre de 1998

¹⁰⁹ Ibidem

organizaciones son prácticamente inexistentes. Las pocas que existen no son representativas, ni han demostrado ninguna gestión importante en beneficio de los consumidores. Considero que una masificación de estas entidades puede contribuir a la tarea fiscalizadora y preventiva en materia de protección de los derechos del consumidor¹¹⁰.

Ineficacia. a. De igual manera cabe resaltar que un sistema de protección basado en la capacidad sancionatoria del Estado –como el que tenemos actualmente- no es de ninguna manera, una herramienta eficiente que haga posible la reparación del consumidor afectado, quien es, el que queda finalmente desamparado a la hora de reclamar, en no pocas veces, sus justas pretensiones, en tanto que se sanciona al productor o vendedor, pero se obliga al consumidor a iniciar un proceso verbal, ante un juez, para reclamar las indemnizaciones y perjuicios a que haya lugar¹¹¹.

b. De igual manera, en la actual normatividad, no hay una clara diferenciación entre los tipos de responsabilidades que pueden surgir en las diferentes situaciones que se le pueden presentar al consumidor, como por ejemplo, por productos defectuosos, por ausencia de calidad, por vicios ocultos o aparentes. Es evidente que la actual normativa no diferencia en forma clara sobre quién debe responder en casos de infracción de los derechos del consumidor si el expendedor, el distribuidor, el productor o el vendedor, lo cual desorienta al consumidor sobre cómo y ante quién hacer la correspondiente reclamación.

c. Otra situación relacionada con la ineficacia del Estatuto tiene que ver con que en él no se encuentran, claramente señaladas las obligaciones y los derechos de los productores y vendedores, y tampoco las obligaciones y derechos que tienen los consumidores. Por esta razón es tan difícil que los consumidores

¹¹⁰ Zuluaga Giraldo Marco Aurelio, Hacia una política y un derecho del consumo en Colombia, en Política y Derecho del consumo, Navegante Editores, Bogotá, Julio de 1998

¹¹¹Ibidem

conozcan y hagan valer sus derechos, si ni siquiera están contemplados en la normatividad encargada de protegerlos¹¹².

d. En este momento, los consumidores carecen de mecanismos ágiles y eficientes para reclamar y solucionar los conflictos surgidos en sus relaciones de consumo, debiendo conformarse, para el resarcimiento de los perjuicios sufridos, con la única posibilidad consistente en acudir a la jurisdicción ordinaria e iniciar un proceso judicial declarativo, asumiendo todos los gastos económicos y de tiempo que esto conlleva, en muchos casos, por productos de una mínima cuantía¹¹³.

e. Otro ejemplo de la ineficacia del actual normativa, y que se convierte en fundamento para reclamar una renovación del mismo, es el tema de las garantías y su total y absoluta insuficiencia. Considero que se deben establecer reglas claras al respecto, fijando el alcance que deberían tener, discriminando las garantías de acuerdo a las diferentes contingencias tales como defectos, calidad, eficiencia de los bienes y servicios. Sería conveniente también, que se crearan mecanismos ágiles y alternativos para su exigibilidad les, sin tener que acudir a la jurisdicción¹¹⁴.

f. Finalmente, otro de los aspectos que es ignorado totalmente por el Estatuto actual, es la regulación de modernas formas de contratación, las televentas, ventas por internet, ventas a domicilio, etc. Frente a estos temas el Estatuto guarda silencio absoluto, de manera comprensible, pues en 1982 no era imaginable que se realizaran este tipo de contratos, pero en la actualidad estos contratos son cada día más comunes y tienden a volverse la generalidad. Por ello es importante crear una normatividad que regule estos temas de manera completa, y crear mecanismos que protejan al consumidor, que en estos contratos es más vulnerable, al ser más difícil determinar la otra parte del contrato, las obligaciones que surgen entre ellas, el derecho que rige el contrato, etcétera.

¹¹² Ibidem

¹¹³ Ibidem

¹¹⁴ Ibidem

Anacronismo. Como se dijo en el numeral anterior el Estatuto del Consumidor decreto 3466 de 1982, surgió como respuesta del entorno socio – económico de la época. Pero al cabo de veinticuatro años de expedido, se puede decir sin duda que esta reglamentación cumplió su ciclo, al no responder a las necesidades de la economía contemporánea, ni a las exigencias actuales del consumo.

Además, en el siglo XXI, las circunstancias de Colombia son distintas a la de la época de expedición del Estatuto. Desde luego, desde finales de la década de los ochenta, a consecuencia de la economía abierta a la competencia internacional y mediante modelos de globalización, el mercado interno varió sustancialmente, no solo por el flujo de bienes y servicios producidos por la demás economías del mundo que llegaron a Colombia, sino por el desarrollo y establecimiento de modelos de desarrollo y crecimiento basados en el conocimiento y la generación de ventajas competitivas.

Como consecuencia de este nuevo entorno económico, las normas de protección de los consumidores, se presentan notoriamente insuficientes para cubrir el amplísimo e insospechado margen de situaciones que cotidianamente se materializan en todos los mercados, como por ejemplo: las televentas, compras por internet, el TV Cable, compra de bienes en otros países, etcétera.¹¹⁵

De esta manera el escenario del consumo se encuentra determinado por variables diversas, entre las que se puede destacar la ampliación significativa de la oferta de bienes y servicios generados por mercados externos; la competencia entre los proveedores; la alta tendencia hacia la disminución de barreras arancelarias; la desaparición casi absoluta del control de precios; la necesidad de cambio de la cultura del consumo, con el fin de dotarla de una mayor capacidad de decisión y la imperante necesidad de articular de manera eficiente el consumo dentro de los derechos colectivos consagrados en la Constitución Política, en los criterios de democracia participativa, y cimentado en el presupuesto de que lo realmente

¹¹⁵ Ibidem

importante no es proteger al consumidor, sino prevenirlo, educarlo y poder entregarle las herramientas legales para que le sea posible asumir su defensa¹¹⁶.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que Colombia cuenta en este momento, con herramientas tecnológicas, tales como el Sistema Nacional de Normalización, Acreditación, Certificación y Metrología, cuya función principal es el fortalecimiento de la calidad, como variable del mercado, estableciendo nuevas relaciones que sean conducentes al desarrollo económico mediante la mejora de la oferta, la cualificación de la demanda y la generación de mejores condiciones de vida, así como la unificación de los sistemas de medición, calidad y garantías, dentro de un ámbito de mayor exigencia por parte del consumidor¹¹⁷.

También es importante señalar el hecho que, en Colombia existen políticas de protección al consumidor solo en el contexto general de la economía sin realizar un desarrollo exhaustivo, en tanto que no existen reglamentaciones específicas de cada sector, por ejemplo hay algunas normas de protección frente al sector financiero, pero en este campo debería hacerse un desarrollo completo, como en el sector de servicios públicos, alimentos, salud, etc.

Sin embargo, estas políticas defienden derechos vagos y no enunciados de los consumidores – razón por la cual los consumidores no conocen sus derechos- la normatividad se traduce únicamente en prohibiciones y sanciones a algunas conductas de productores o vendedores, y de contera debería poderse concluir cuáles son dichos derechos, en otras palabras se sanciona al productor o vendedor, pero no se indemniza al consumidor afectado¹¹⁸.

La necesidad de un Estatuto resarcitorio. El actual Estatuto es esencialmente punitivo, toda vez que se concentra en la imposición de sanciones a los productores y vendedores que infringen los derechos del consumidor, olvidándose por completo de la reparación de los derechos de éste último. Sería interesante

¹¹⁶ Ibidem

¹¹⁷ Ibidem

¹¹⁸ Vallejo María Cristina y Gutiérrez Ríos Paola, Fraude al Consumidor, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, Pág.31

que un nuevo Estatuto contemplara en mayor medida al extremo débil de la relación de consumo, y entonces sí, se consagrara una reglamentación con un carácter mucho más preventivo, de reparación y de educación, para proteger mucho más al consumidor¹¹⁹.

2.6. Análisis desde la Jurisprudencia.

A continuación se hará un breve recuento de lo que ha dicho la jurisprudencia Colombiana en materia del consumidor, aunque es necesario aclarar que la jurisprudencia en este tema es muy reducida por dos razones principalmente, como primera razón las personas casi nunca inician un proceso verbal de defensa del consumidor por todos los gastos y el tiempo que este proceso conlleva, como segunda razón tenemos que al presentarse un proceso verbal y terminarse, este proceso por razones de competencia no llegará a las Altas Cortes, lo que hace que estos fallos se limiten a jueces del circuito, lo cual hace muy difícil su publicidad.

Finalmente, para completar el cuadro de fuentes del derecho del consumidor, considero conveniente detenerse en el análisis que nuestra jurisprudencia a dado al tema del derecho del consumidor. Cabe advertir que resultan escasas las decisiones sobre el particular, razón por la cual haré referencia a las más representativas.

Sentencia de la Corte Constitucional C- 1141 de Agosto 30 del 2.000¹²⁰. Esta sentencia es a mi juicio la más importante que se tiene hasta el momento en lo referente a protección al consumidor, a continuación señalare unos de los aspectos más relevantes de esta sentencia:

¹¹⁹ Zuluaga Giraldo Marco Aurelio, Hacia una política y un derecho del consumo en Colombia, en Política y Derecho del consumo, Navegante Editores, Bogotá, Julio de 1998

¹²⁰ Corte Constitucional, Sentencia C- 1141 de 30 de Agosto del 2.000, Expediente D-2830, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

- Señaló que el derecho del consumidor tiene un carácter poliédrico, es decir, debe examinarse desde tres ópticas distintas: una que incorpora pretensiones, intereses y situaciones de orden sustancial; una segunda, que incluye el orden procesal y, como tercera, el orden participativo que incluye la posición del consumidor frente a la administración pública y los órganos reguladores. Este reconocimiento del carácter poliédrico del derecho del consumidor amplía mucho más la perspectiva de a qué tienen derecho los consumidores, por qué y cómo los pueden hacer valer.
- En esta oportunidad, la Corte resaltó que las normas de protección al consumidor aún no tenían desarrollo normativo, en tanto que posterior a la consagración en la Carta Política del derecho de los consumidores, continuamos con el mismo código de 1982, es decir, hasta el día de hoy no se ha hecho ningún desarrollo del marco constitucional de 1991.
- El eje central de esta sentencia estaba dirigido a la discusión de la responsabilidad del productor. En el caso, de si era posible que el consumidor reclamara la garantía a el directamente o si en todos los casos debía formarse un litisconsorcio necesario con el vendedor del producto. La Corte afirmó, que el productor como parte del proceso que permite al consumidor obtener el producto, tiene un alto grado de responsabilidad, por lo cual, el consumidor tiene la posibilidad de pedir la garantía directamente al vendedor del producto o servicio defectuoso.
- Para finalizar, la Corte advirtió claramente el legítimo derecho que tienen los consumidores de resarcir los perjuicios que les eran causados por productos y servicios defectuosos, y va más allá, al decir que es imperante la creación de nuevos mecanismos y procedimientos que posibiliten la indemnización de los perjuicios causados de manera ágil y expedita.

Sentencia del Consejo de Estado 2002-524¹²¹. En esta sentencia la discusión central giró en torno a si las sanciones establecidas a los productores de bienes o servicios, podrían aplicarse de igual manera a los expendedores o proveedores.

- En esta ocasión, el Consejo afirmó que, no obstante, que en materia sancionatoria rige el principio de taxatividad, por lo cual que se prohíbe la analogía. Consideró que en el estudio del estatuto del consumidor las normas deben interpretarse de manera sistemática.
- De esta manera, el Consejo de Estado extendió la responsabilidad de los productores y los vendedores a los distribuidores y proveedores, al considerar que estos, se encuentran legitimados para realizar las mismas conductas que el estatuto califica como lesivas a los derechos del consumidor.

A manera de Conclusión. Podemos decir que, por los argumentos hasta aquí expuestos -anuncio desde ya una de las razones que motivó este trabajo de investigación- Colombia necesita un nuevo Estatuto de Protección al Consumidor. El proceso de globalización en el cual nos encontramos ha permitido, entre otras muchas cosas, constatar que de alguna manera está cambiando la fisonomía del consumidor colombiano, que lentamente ha elevado su perfil y se ha fortalecido su cultura y sus hábitos de compra. Si bien es innegable que el consumidor continua siendo la parte más débil de la relación de consumo, la competencia empresarial actual le entrega, más y mejores herramientas para que pueda decidir con parámetros mucho más objetivos sobre cuales son los mejores bienes y servicios que le brinda el mercado¹²².

De esta manera el gran reto es la creación de un nuevo ordenamiento que pueda proteger de manera real y efectiva a los consumidores, un ordenamiento que responda a las altas exigencias del mercado contemporáneo, que pueda ofrecerle a todos los usuarios una protección, una adecuada información de los

¹²¹ Consejo de Estado, Sección Primera, Sent. 2002-524, Agosto 18 de 2005 C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta

mecanismos que los protegen, y un acceso fácil y expedito a la jurisdicción o en su defecto los procedimientos administrativos para poder hacer valer sus peticiones.

CAPITULO TERCERO

Derechos de los consumidores

3.1.- Carácter proteccionista del derecho del consumo

Dentro de la relación de consumo, generalmente el consumidor es la parte más débil, razón por la cual tanto la Constitución como la ley han previsto un régimen especial de protección, para avanzar en la consecución del Estado Social de Derecho. Con este objetivo se previó en la Constitución Política¹²³ la creación de un régimen de protección a favor del consumidor y usuario de bienes y servicios que circulan en el mercado.

La razón de ser de este régimen de protección estriba en la imperante necesidad de compensar con distintas medidas la posición de inferioridad en la que se encuentran los consumidores y usuarios, por lo general dispersos, con escasos conocimientos y sin ninguna posibilidad de hacer valer sus derechos,¹²⁴ que deben enfrentarse a la fuerza de producción y comercialización de bienes y servicios, necesarios para la satisfacción de sus necesidades.

Como lo dijo la Corte en su sentencia de 30 de Agosto de 2.000 frente al particular: “Lo que el Constituyente se propone es la protección efectiva del consumidor, que se intente actualizar y se imponga en la realidad política y social - por lo menos en un grado razonable y en la medida de las posibilidades y recursos existentes -, articulando de la manera más armoniosa y eficaz dentro de las políticas públicas las justas demandas de los sujetos merecedores de dicha protección especial.”

Es por esto que el derecho del consumidor con su carácter tuitivo en pro del consumidor, no se limita únicamente a obtener del mercado bienes y servicios que

¹²³ Constitución Política de Colombia, Artículo 78

¹²⁴ Sentencia de la Corte Constitucional, 30 de Agosto de 2.000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

reúnan unos requisitos mínimos de calidad y de aptitud para poder satisfacer sus necesidades, sino que va más allá ofreciendo tres ópticas distintas¹²⁵:

La que incorporan pretensiones, intereses, y situaciones de orden formal .Se trata de todo lo atinente a calidad de bienes y servicios, deber de información, deber de educación, protección del medio ambiente, etcétera. En Colombia se encuentra establecido en el Estatuto del Consumidor y algunas regulaciones que se han hecho en materias específicas como en servicios públicos y en el sector financiero.

La óptica que incorpora el orden sustancial incluyendo la exigibilidad judicial de garantías, indemnización de perjuicios por productos defectuosos, acciones de clase, etcétera. La encontramos en la parte del Estatuto que nos hace referencia a los procedimientos de garantías, la parte en que se remite al proceso verbal, y en los procedimientos que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio. En referencia a este tema, también la encontramos en el Código de Procedimiento Civil en lo referente al proceso verbal.

*Y la óptica que nos refiere al orden participativo frente a la administración pública y los órganos reguladores*¹²⁶. Esta óptica hace referencia a las asociaciones, ligas, organizaciones de consumidores, y como ellas participan de manera activa en la defensa de sus derechos. Frente a esta óptica podemos ver que en Colombia son prácticamente exiguos o insuficientes este tipo de asociaciones, y por ende su participación resulta intrascendente o poco sustancial para propiciar cambios en la cultura de la protección de los derechos del consumidor. Sería importante reivindicar y fortalecer este tipo de instituciones con el fin de lograr una mayor participación en pro de los derechos de los consumidores y establecer el equilibrio en las relaciones de consumo.

¹²⁵ Ibidem

¹²⁶ Ibidem

A Continuación se pasa a explicar de manera mucho más extensa, la óptica formal, analizando algunos de los derechos más importantes que tienen los consumidores

3.2. Derechos de los consumidores

a. Derecho a la protección de la vida, la salud y la seguridad del consumidor.

El derecho de la vida, salud y seguridad pretende garantizar que todo producto o servicio ofrecido en el mercado para consumo de las personas, se encuentre exento de riesgos para la seguridad, la salud o la vida del consumidor, con efectos inmediatos o a largo plazo, y además no signifique un daño al medio ambiente¹²⁷.

La producción en serie, la utilización de nuevos materiales que no siempre han sido estudiados de manera eficiente, la multiplicación creciente de productos, los nuevos ingredientes para el procesamiento y conservación de alimentos, los productos transgénicos, la distribución a gran escala que dificultan el ejercicio del derecho a la información y la prevención contra eventuales riesgos, entre otros factores, han multiplicado el carácter peligroso de ciertos productos de utilización corriente¹²⁸.

En Colombia el artículo 17 del Decreto 3466 de 1982 determina las características que deben tener las leyendas y la publicidad relativas a los bienes que son nocivos para la salud y de los bienes perecederos, prescribiendo claramente y en caracteres legibles, bien sea en las etiquetas, envases o empaques, o en un anexo que se incluya dentro de estos, su nocividad y las condiciones e indicaciones para su correcta utilización, así como las contraindicaciones.

Considero que esta normatividad debe renovarse a la situación actual, ya que ya no se trata de informar por informar, sino que lo que se pretende es que el consumidor comprenda lo que se le está diciendo y las consecuencias que puede

¹²⁷ Vallejo María Cristina y Gutiérrez Ríos Paola, Fraude al Consumidor, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, Pág.71

¹²⁸ Velilla Marco , La evolución de la Teoría General del Contrato y del Derecho del Consumidor, en Política y Derecho del Consumo, Navegante Editores, Julio de 1998, Pág. 155

derivar la utilización y consumo de los productos, tanto en su salud, su integridad, su desarrollo, etcétera.

Al ser la protección de la salud uno de los componentes del orden público tradicional, se ha creado en Colombia una reglamentación con el fin de proteger a los consumidores. Entre las normas más importantes se encuentran:

- En materia de productos alimentarios se reglamentan las condiciones de higiene relativas a la preparación, conservación, distribución, y venta de productos cocinados previamente, productos congelados, los aditivos en la alimentación dietética y en los alimentos infantiles.

Por ejemplo en la Ley 915 de 2004 encontramos las normas de promoción y desarrollo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina en la cual se regulan materias como el puerto libre, la entrada de mercancías, la actividad pesquera; temas que si bien es cierto tienen que ver con el consumidor, no tienen una norma o normas específicas de protección en esta regulación.

También encontramos la ley 471 de 1998, mediante la cual se adoptó la Convención de Nueva York de 1956, sobre la obtención de alimentos extranjeros, en la cual se regula las características específicas de los alimentos, su transporte, publicidad, etcétera. Pero esta ley, antes de tener normas expresas en pro del consumidor, fue creada para guiar a los importadores con las condiciones que debían cumplir para ingresar productos alimenticios de otros países.

- En materia de productos industriales se regula, entre otros, lo concerniente a la fabricación, acondicionamiento, la importación y comercialización de cosméticos y de productos de higiene corporal. Como por ejemplo, el Decreto 219 de 1998, que es el régimen sanitario de control de calidad, y vigilancia de productos cosméticos, en el cual se regulan aspectos como el registro sanitario de estos productos, envases, publicidad, medidas

sanitarias, procedimientos de control de calidad, etcétera. Pero que lamentablemente no tiene normas específicas de protección al consumidor, que con mayor razón deberían existir frente a este tipo de productos que pueden ser altamente nocivos para el ser humano por su uso o aplicación directa.

Los productos farmacéuticos se apartan de este control general y son reglamentados minuciosamente por el Código de Salud Pública e implican una autorización previa para ser fabricados y comercializados, autorización que es llamada registro sanitario, por parte del Ministerio de Protección Social. Este registro se encuentra subordinado a ensayos previos¹²⁹ que deberán realizar los laboratorios farmacéuticos con el fin de garantizar la idoneidad y seguridad de los productos fabricados. Estas normas se encuentran en la Ley 9 de 1979, donde se encuentran reguladas diversas materias como: protección del medio ambiente, control sanitario, usos del agua, tratamiento de residuos sólidos, emisiones atmosféricas, seguridad industrial, drogas, medicamentos, productos cosméticos.

Frente a esta ley cabe resaltar que es altamente insuficiente para las necesidades actuales del mercado. De igual manera, al tratar gran diversidad de temas en su articulado tenemos que no desarrolla específicamente ninguno de los puntos, solo los toca de manera superflua, como por ejemplo el tema de los medicamentos, solo señala algunas normas de fabricación, almacenamiento, refrigeración, pero no ahonda en aspectos tan importantes como la responsabilidad de los fabricantes por defectos del medicamento, o de la detallada publicidad que se debe hacer de este tipo de productos por el riesgo que representa a la vida y la salud de las personas que los consumen.

- La reglamentación también se ha extendido a productos que, siendo en principio inofensivos, en razón de sus defectos o de su mala utilización

¹²⁹En <http://minproteccionsocial.gov.co//>

pueden llegar a ser peligrosos, como los cosméticos y los productos de higiene corporal.

En Colombia por el Decreto 677 de 1995 reglamentó el régimen de registros y de licencias, el control de calidad, el régimen de vigilancia sanitaria de los medicamentos, cosméticos, preparaciones farmacéuticas a base de recursos naturales, productos de aseo, higiene, limpieza y otros productos domésticos.

En esta norma encontramos todos los requisitos y exigencias para la expedición del registro sanitario, aunque esta es una exigencia que puede brindar cierta seguridad al consumidor, por encontrar que todos los productos de uso cosmético y corporal deben de manera obligatoria cumplir con el requisito del registro, lo cierto es que resulta desalentador observar en la ley que estos requisitos están más relacionados con la materia de envases, rótulos y marcas, que con el real control de la fabricación de estos productos y la información que deben ofrecer para su venta.

- Para otros productos por el contrario, es la difusión la que se encuentra reglamentada. Es así como sustancias que sin ser peligrosas en si mismas, pueden sin embargo dañar gravemente la salud de los consumidores cuando se presenta un consumo excesivo, como por ejemplo: el tabaco o el licor¹³⁰

La Ley 30 de 1986 o Estatuto de Estupefacientes otorga al Consejo Nacional de Estupefacientes la posibilidad de efectuar restricción de los horarios en los cuales las estaciones de radiodifusión sonora, las estaciones de televisión y el cine que puedan transmitir publicidad de bebidas alcohólicas, cigarrillos y tabacos, igualmente, la intensidad de la misma. El artículo de la Ley 30 de 1986 obliga a que todo recipiente de bebida alcohólica posea en el extremo inferior de la etiqueta, ocupando al

¹³⁰ Velilla Marco , La evolución de la Teoría General del Contrato y del Derecho del Consumidor, en Política y Derecho del Consumo, Navegante Editores, Julio de 1998, Pág. 157

menos la décima parte de ella, la leyenda “El exceso de alcohol es perjudicial para la salud”. Por otra parte, los anuncios comerciales relativos a bebidas alcohólicas, cigarrillos o tabacos deben estar autorizados por el Ministerio de Protección Social, el cual determina de acuerdo con su contenido alcoholimétrico, la franja en la cual pueden ser emitidos¹³¹.

En Colombia el INVIMA, a través de la Resolución 024476 del 26 de Julio de 1996, reglamentó el procedimiento para la autorización y control de la publicidad de alimentos y bebidas alcohólicas que se emiten por televisión¹³².

Una vez observada esta normatividad, podemos concluir que si, bien es cierto, hay normas que pretenden de alguna manera garantizar la producción, comercialización y venta de algunos productos, estas normas no protegen de manera directa al consumidor, si no que su protección es indirecta al regular al productor o distribuidor.

Falta dentro de esta normatividad normas específicas que consagren procedimientos que realmente garanticen la protección de la vida y la salud de los consumidores. Con mayor razón, si se tratan de productos que puedan afectar al consumidor de manera directa, como los cosméticos y los productos de higiene personal.

Sin embargo, lo óptimo sería que en un nuevo Estatuto del Consumidor, se plasmaran normas concretas y generales, que permitan la protección de la vida, la seguridad y la salud del consumidor, que le den herramientas al consumidor para exigir la preservación de sus derechos de manera efectiva.

En comparación con la reglamentación nacional, en la Unión Europea, frente a este derecho, se han creado varias directivas y reglamentos, basadas en: a) el carácter inocuo de los productos si se usan de forma normal y previsible; b) en el

¹³¹ Ibidem .Pág. 158

¹³² Ibidem

aviso de posibles riesgos; y c) la retirada de productos del mercado en caso de peligro, con el fin de no permitir que en el mercado existan productos que pongan en peligro la vida, la salud o la seguridad de los consumidores.

Estas medidas son muy numerosas y afectan a alimentos, textiles, cosméticos, medicamentos, automóviles, juguetes, material eléctrico, productos de apariencia engañosa, etc. Este tema tiene una extensa normativa que surgieron en primera instancia como meras declaraciones de buenas intenciones, pero que con el tiempo la mayoría de países de la Unión de manera voluntaria lo integraron a su normatividad nacional¹³³.

Como resultado de esta normatividad las empresas productoras realizan numerosos estudios, con el fin de prever los posibles perjuicios que se pueden causar a los consumidores, con el uso de determinado producto, pues para ellos se ha convertido en una prioridad la protección de la vida, la integridad y la salud de las personas que consumen sus productos, todo gracias a una normatividad concreta que les impone este deber.

Caso contrario al colombiano en el cual este tipo de normas se encuentran difusas dependiendo del sector productivo, y en algunos casos inexistentes, dejando de lado la obligación de protección de la vida, salud y seguridad de consumidor, que pueda verse afectada de alguna manera por el producto que ellos ofrecen al mercado.

b. Derecho a la educación y divulgación sobre el adecuado consumo o uso de los bienes servicios.

En la actualidad colombiana se encuentra que los consumidores carecen casi en absoluto de cualquier tipo de educación, que les pueda dar las herramientas necesarias para escoger de la mejor manera el producto o servicio que van a adquirir. Carecen de la formación que les permita saber mediante qué

¹³³ Larrondo Feo Francisco, Las Políticas de Protección de los Consumidores, Universidad Autónoma de Madrid, 2002, en <http://www.unam.es//>

procedimientos o acciones puede reclamar la efectividad de sus derechos y la indemnización de los perjuicios causados por un bien o servicio.

Por estas razones, y por otras muchas más, el consumidor no se encuentra en condiciones de juzgar la calidad de los bienes y servicios o la idoneidad del mismo, o del precio que se cobra como justo por lo ofrecido. Esto se debe a la compleja y diversa tecnología y el gran número de productos que tenemos en la actualidad en el mercado, a la rotulación inexistente o inapropiada, a las técnicas de publicidad en masa y a la falta de comprensión de las condiciones y procesos del mercado¹³⁴.

La educación del consumidor constituye la piedra angular de su protección y es una función social del Estado. De tal manera que debe asumirse como un proceso permanente que tiene como finalidad aportar al consumidor, de forma gradual y secuenciada, teniendo en cuenta el nivel educativo, ofreciéndole toda una serie de elementos cognitivos, procedimientos y técnicas de trabajo que le puedan permitir el desarrollo de una posición consciente, crítica y solidaria que lo hagan sentir satisfecho por actuar de manera responsable ante el consumo.

Esta educación debe ser acorde a la necesidades actuales pero pensando en el mercado del futuro¹³⁵.

Por eso es importante que en un nuevo Estatuto se haga un gran esfuerzo por generar, en primer lugar, una cultura de la educación del consumo, que le enseñe a los consumidores cómo deben escoger las mejores opciones de los productos que se les ofrece y, en segundo lugar, en crear mecanismos para que los productores y comercializadores no puedan atropellar al consumidor, por la falta de conocimiento de éste último a la hora de adquirir los productos en el mercado.

En este campo se han hecho grandes esfuerzos en la Unión Europea, en donde se brinda educación al consumidor, desde la edad escolar. La educación al

¹³⁴ Vallejo María Cristina y Gutiérrez Ríos Paola, *Fraude al Consumidor*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, Pág.35

¹³⁵*Ibidem*.Pág.58

consumidor no se ha traducido en asignaturas específicas sino que tienen un carácter voluntario a través de las denominadas asignaturas “transversales” en las cuales los profesores pueden poner ejemplos concretos que sirvan como modelo de aprendizaje y concienciación de los alumnos en aspectos que se relacionen con el consumo.¹³⁶

En Colombia desafortunadamente no se ha creado ningún tipo de espacio para enseñar al consumidor, qué es el consumo, qué parte somos dentro de las relaciones de consumo, cuál debe ser nuestro papel, qué elegir, cómo elegirlo, porqué elegirlo, etc.

c. Derecho a la información adecuada y clara sobre los diferentes bienes, servicios y productos en cuanto a calidad, composición, precio y riesgos.

Dentro de este mercado de producción en serie y de producción masiva de productos estandarizados, se ha dado gran importancia a la publicidad, condicionando el consentimiento del consumidor y orientándolo, casi de manera forzosa, a la adquisición de determinado producto solo por su campaña publicitaria.

Los obstáculos que en mayor medida le impiden al consumidor escoger libremente son la ausencia de información clara y veraz, y la falta de exactitud de la información, que lo llevan a escoger, no el mejor producto sino por el más económico que encuentra en el mercado o por el más publicitado.¹³⁷

Es un derecho del consumidor, tener una completa información acerca de los productos que se le ofrecen. Sin una total información no se puede configurar la libertad de escogencia. Esta obligación la debe asumir el productor, prohibiéndosele dar informaciones inexactas, u ocultar información que el posea y que la otra parte ignore.

¹³⁶ Larrondo Feo Francisco, Las Políticas de Protección de los Consumidores, Universidad Autónoma de Madrid, 2002, en <http://www.unam.es//>

¹³⁷ Velilla Marco, La evolución de la Teoría General del Contrato y del Derecho del Consumidor, en Política y Derecho del Consumo, Navegante Editores, Julio de 1998, Pág. 140

Como lo dice el artículo 78 de la Constitución Política Nacional *“La ley debe regular el control de la calidad de los bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización”* Y continúa *“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...”* En otra parte de la Carta Política, específicamente en el artículo 20 se establece que *“se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial...”*

El tema de la propaganda comercial se encuentra consagrado de manera expresa en el Estatuto del Consumidor (Decreto 3466 de 1982) en su artículo 1º literal d), donde se define como: *“Propaganda comercial: Todo anuncio que se haga al público para promover e inducir a la adquisición, utilización, o disfrute de un bien o servicio, con o sin indicación de sus calidades, características o usos, a través de cualquier medio de divulgación, tales como la radio, televisión, prensa, afiches, pancartas, volantes, vallas, y en general todo sistema de publicidad”*

De lo anteriormente expuesto se puede inferir, que la necesidad de información comprende dos aspectos diferentes: en principio, la necesidad de una información objetivo dirigida al público en general, lo que supone ejercer un control sobre la publicidad del producto que se está ofreciendo; en segundo lugar, una información del consumidor interesado en adquirir un producto determinado y que tiene el derecho a ser informado de manera suficientemente precisa sobre los puntos que va a evaluar del producto para finalmente comprarlo: características, precio, dificultades de empleo, riesgos, etc.¹³⁸

En Colombia se han creado normas con el fin de permitir una completa información a los consumidores, en determinadas áreas, por ejemplo:

¹³⁸ Ibidem .Pág.141

2. Sistema Nacional de Normalización, Certificación y Metrología. Este organismo se creó mediante el Decreto 2269 del 16 de Noviembre de 1993 y su objetivo principal es la protección al consumidor. Mediante este sistema se implementa una disciplina colectiva de producción, que obliga a los productores a respetar ciertas normas a las cuales ciertos bienes deben ajustarse.¹³⁹

Por ejemplo, ordena medidas especiales para calibrar las herramientas de medidas, reglamenta qué es un contenido neto, etc, que le son útiles al consumidor para, entre otras cosas, conocer los contenidos exactos de los productos que está comprando.

Existen de igual manera unas normas mínimas, algunas que deben adoptarse de manera obligatoria y otras que son voluntarias, estas normas son fijadas por organismos como el ICONTEC, y cuyo cumplimiento puede certificarse con fines comerciales, para que el consumidor pueda encontrar un producto con ciertas cualidades específicas.¹⁴⁰

Este Sistema Nacional de Normalización fue uno de los grandes logros que trajo consigo el estatuto del consumidor, no obstante, este sistema tiene falencias, como por ejemplo que no regula ni contempla a los productos que vienen del exterior, los que se adquieren en las televentas o por Internet, los cuales quedan por fuera de este sistema impidiendo al consumidor tener la certeza de varias de las características que dice tener un producto, como por ejemplo el peso, el contenido, las dimensiones reales, etcétera.

3. La ley de televisión y publicidad. La ley 182 de 1995 es la encargada de reglamentar el servicio de televisión, que es un servicio público que esta sujeto a control estatal, y con este fin se designó a la Comisión Nacional de Televisión, con el fin de controlar, las informaciones que les brinda a los usuarios. De igual manera es la encargada de la supervisión de los servicios de suscripción por cable

¹³⁹ Ibidem .Pág. 144

¹⁴⁰ Ibidem

en Colombia, en los cuales son muy frecuentes las quejas de los usuarios(Ley 680 de 2001)

Frente a la ley 182 de 1995, es importante decir que, antes de mencionar las facultades que tiene la Comisión Nacional de Televisión con el fin de proteger a los usuarios del servicio de televisión, se dedica a determinar la estructura y el organigrama de la Comisión, restándole importancia al papel protector que tiene este ente.

4. El Estatuto de radiodifusión y la publicidad. El Decreto 284 de 1992 reglamento el servicio público de radiodifusión sonora y establece como fin de esta, difundir e incrementar la cultura y la información. Permite que el Estado preste este servicio por intermedio de concesiones o autorizaciones otorgadas a los particulares.¹⁴¹ Sirve para controlar las informaciones que se les puedan presentar a los consumidores.

Esta norma no consagra derechos o prerrogativas especiales para el consumidor a la hora de exigir un control sobre la información que le es transmitida.

5. Régimen de publicidad exterior visual en el territorio nacional. La ley 140 de 1994 reglamentó la publicidad exterior visual en Colombia y empieza determinando que el campo de aplicación de la ley es todo el territorio nacional. Esta ley define el régimen de publicidad como un medio de comunicación destinado a informar o llamar la atención del público por medio de elementos visuales.¹⁴²

Esta reglamentación busca regular el tipo de publicidad que se exhibe en el espacio público con el fin de por ejemplo, que en los avisos que se usan en la publicidad exterior no se cometan actos de competencia desleal, ni que se atente contra la moral y las buenas costumbres.

¹⁴¹ Ibidem. Pág. 145

¹⁴² Elementos visuales como leyendas, inscripciones, dibujos, fotografías, signos o similares, visibles desde las vías de uso o dominio público, bien sean vehiculares y peatonales, terrestres o fluviales, marítimas o aéreas. La publicidad exterior visual de que trata esta ley es la relativa a aquella que su área es igual o mayor a ocho metro cuadrados. (Ley 140 de 1994)

Lamentablemente esta normatividad no protege al consumidor imponiendo alguna multa por alguna publicidad engañosa que se use en este tipo de publicidad.

A pesar de que en el campo de la información existen muchas reglamentaciones, estas no se dirigen especialmente a proteger al consumidor, simplemente se dedican a señalar condiciones generales, pautas, por eso, y lamentablemente frente al tema de la información el actual Estatuto del Consumidor guarda silencio, por eso es importante la creación de un nuevo Estatuto, que permita regular el tema de la información que se le brinda al consumidor, y poner en marcha de manera efectiva este derecho del consumidor, que ha sido dejado a un lado.

Información cualificada

Dentro del derecho de información que tiene el consumidor, encontramos que en determinados contratos este deber tiene algunas características especiales.

En los últimos tiempos la jurisprudencia ha extendido al fabricante y al vendedor, la obligación de información al consumidor, traducida en prevenir y guardar a los consumidores, sobre los peligros que tengan conocimiento, en relación con el uso o la utilización de los productos que están ofreciendo.¹⁴³ Pero esta obligación de informar aún no es completa, debe desarrollarse de manera extensa y reglamentarse.

Por ejemplo al consumidor que compra un producto de aseo para el hogar, se le advierten los componentes, y se le señala el uso normal, pero no se le advierte que puede pasar si le da otro uso, tampoco se le advierte que no debe ser utilizado por niños menores por su carácter tóxico; qué pasa si se es alérgico a los componentes. Esta información es de vital importancia y casi nunca se le da al consumidor, porque el producto o distribuidor presumen que la conoce, pero es claro que no todos los integrantes de la sociedad poseen la misma educación, los mismos medios para acceder al conocimiento, o el mismo grado cultural y por

¹⁴³ Velilla Marco, La evolución de la Teoría General del Contrato y del Derecho del Consumidor, en Política y Derecho del Consumo, Navegante Editores, Julio de 1998, Pág. 146

tanto deberían establecerse unos mínimos para sortear el hecho de que en algunos casos los consumidores no conocen tal información.

Con el surgimiento del deber informar como fruto de las modernas negociaciones, ha nacido de manera paralela la obligación de información *stricto sensu*, que se proyecta bajo el amparo del deber negativo de no engañar, y que se ha ido imponiendo como una obligación de informar al consumidor sobre todos los aspectos del bien o servicio.¹⁴⁴

Más allá del principio del deber negativo de no engañar, ha aparecido el deber positivo, que es mas extensivo, pues el fabricante o vendedor debe además de informar al consumidor todos los aspectos del producto, debe informarle el modo de uso, los cuidados. Desafortunadamente este deber de información no se encuentra consignado en nuestra reglamentación de manera uniforme y concreta, solo se ha desarrollado en algunas áreas, pero el Estatuto del Consumidor como normatividad que busca proteger al consumidor tendría que tener incluida esta reglamentación de la información al consumidor, pero actualmente no la tiene.

En este caso tenemos el ejemplo de la persona común y corriente que compra un programa para su computador, pensando que le va a servir para determinada tarea, pero luego al instarlo y revisarlo con calma, descubre que no le sirve, en este caso este consumidor tiene derecho a que el vendedor, no solo, le informe las características generales del programa, si no que además le brinde una información cualificada de los usos y beneficios del producto, alcances, limitaciones, características, entre otros, ya que no todos los consumidores poseen conocimientos profundos en esa área y pueden incurrir fácilmente en un error a la hora de comprar.

Publicidad engañosa.

Uno de los temas que más afectan el derecho de información que tiene el consumidor es el tema de la publicidad engañosa, en tanto que, el consumidor

¹⁴⁴ Ibidem. Pág. 147

tiene derecho a que se le informe de manera veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los bienes y servicios que le son ofrecidos. Sin embargo, el derecho de ser adecuadamente informado se ve vulnerado mediante distintas técnicas de comunicación, en especial las publicitarias, llenas de sugestión pero escasas de información, encaminadas a la persuasión como medio de incentivo al consumo¹⁴⁵.

Por esta razón en algunos casos la publicidad se utiliza para engañar a los consumidores, pues en muchos casos se atribuye a productos y servicios, calidades o propiedades que en realidad no tienen. Para evitar estas prácticas la presentación al público debe ser muy clara, la etiqueta o empaque debe describir de manera precisa el contenido y los componentes reales del producto, y cualquier promoción o sorteo que se haga, en dinero o especie, debe ser cancelado a los ganadores¹⁴⁶.

Cuando se utiliza la publicidad para engañar al consumidor y causarle un perjuicio, se está en presencia de la publicidad engañosa: *“es toda publicidad que de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce en error o puede inducir en error a las personas que se dirige y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o producir un daño en el patrimonio. Se considera engañosa aquella publicidad que refiere características de información relacionadas con algún producto que, a pesar de ser verdaderas, inducen en error, o confusión por la forma parcial, elaborada o artificiosa en que se presenta a la población consumidora. Así mismo, se estima engañosa la publicidad que sobredimensiona las virtudes o defectos de algún producto”*¹⁴⁷.

d. Derecho a la efectiva prevención y reparación de daños patrimoniales

La efectiva prevención de los consumidores, va de la mano de la adecuada educación e información que se le debe dar al consumidor, para convertirlo en

¹⁴⁵ Ibidem

¹⁴⁶ Ibidem. Pág. 171

¹⁴⁷ Ibidem

alguien que pueda reconocer de la mejor manera los bienes y servicios que le ofrece el mercado. Por esta razón, resulta de vital importancia subrayar que en el actual estatuto no existe ninguna norma que incentive y apoye la educación del consumidor. Es imperante que en un nuevo estatuto se cree toda una reglamentación que posibilite una cultura adecuada, que ordene la educación a ese respecto a favor de los consumidores.

Los procedimientos y acciones judiciales para la reparación de los daños y perjuicios que le son causados al consumidor, ya fueron analizados en el caso Colombiano en el capítulo anterior, no obstante, es importante hacer referencia a este tema en el contexto internacional.

A lo largo de la investigación se ha podido evidenciar que resulta dificultoso determinar cuales pueden ser los perjuicios que puede sufrir un consumidor. Sin embargo, se considera que lo que debe ocupar la atención ahora, a ese respecto son los nuevos mecanismos y acciones que se le pueden brindar al consumidor para buscar el resarcimiento de esos mismos perjuicios.

En el campo internacional se le ha dado a este tema un manejo extraprocesal, utilizando mecanismos como la mediación, la conciliación y el arbitraje. Por ejemplo en España se ha avanzado logrando el Sistema Arbitral de Consumo por toda la nación y en todos los sectores. En este caso fue necesaria la formación de los árbitros, y se establecieron formalmente planes de educación continuada y perfeccionamiento promovido por las administraciones de las que dependen las juntas arbitrales de consumo, que tienen como objeto acercar al ciudadano al sistema¹⁴⁸.

La Juntas Arbitrales de consumo tienen atribuidas en el Real Decreto 636/ 1993, funciones mediadoras, además de conciliadoras, atribuidas a los Colegios Arbitrales designados¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Ibidem. Pág.61

¹⁴⁹ Ibidem

En América Latina se tiene el antecedente del Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo de Argentina, creado como una instancia voluntaria de resolución de conflictos entre consumidores y proveedores de bienes y servicios. La Ley 24.240 de Defensa del Consumidor ha impulsado a la Secretaría de Industria y Comercio y Minería a propiciar la organización de tribunales arbitrales. Estos actúan como amigables componedores o árbitros de derecho en la resolución de las controversias, brindando una instancia de solución cuando se presuman eventuales infracciones a la Ley citada o situaciones de violación de los derechos del consumidor consagrados en otros textos legales¹⁵⁰.

En Colombia una opción que valdría la pena considerar es la implementación de mecanismos alternativos de solución de conflictos, para resolver las controversias que surjan de las relaciones de consumo, ya que en este momento, esa clase de mecanismos existen y han comenzado a operar eficientemente de manera general, pero no específicamente para el derecho del consumo.

Se podría pensar en un arbitramento desarrollado por la defensoría del pueblo, para no generar más costos, y evitar recurrir a la jurisdicción ordinaria que en este momento es el único mecanismo legal para lograr la indemnización de los perjuicios causados al consumidor, de igual manera se podría acudir a la conciliación y a la mediación, siempre teniendo en cuenta que el derecho del consumo de proteger prevalentemente a la persona natural que adquiere finalmente los bienes o servicios.

e. Derecho a la protección del equilibrio del contrato.

Dentro de este esquema de análisis de protección de los derechos del consumidor, se pasará a analizar, la protección que se le debe dar al consumidor en materia contractual, partiendo del principio de equilibrio en el contrato.

La libertad contractual tiene dentro de sus objetivos crear igualdad entre las partes contratantes, aunque en la mayoría de los casos, en las relaciones de consumo,

¹⁵⁰ Ibidem

solo se crea una igualdad formal de las partes en el contrato que conduce muy frecuentemente a la dominación de una parte por la otra.

La jurisprudencia y las asociaciones de consumidores han intervenido para proteger a los consumidores contra los riesgos de un contrato desequilibrado. De una parte se ha reglamentado las cláusulas abusivas, para que, evitar que el desequilibrio se produzca; en este caso, se busca lograr un equilibrio previo;

Extraídos de la jurisprudencia, la teoría general de las obligaciones a forjado diversos instrumentos que protegen al consumidor acerca de la responsabilidad de los productores y fabricante, buscando compensar a posteriori el equilibrio que la ejecución del contrato puede consagrar¹⁵¹.

Cláusulas abusivas.

Dentro del tema del equilibrio contractual es necesario analizar el tema de las cláusulas abusivas que se constituyen de acuerdo a lo expuesto por la doctrina¹⁵² en una afectación a la presunción de la libre e igualitaria autonomía privada.

Por un principio básico de la economía, el sistema capitalista considera imprescindible maximizar constantemente la tasa de beneficio como condición *sine qua non* para garantizar la supervivencia de dicho sistema económico¹⁵³.

Esto deriva necesariamente en un estado de tensión constante entre los intereses de las empresas y de los consumidores. Aquellas con su lógica macroeconómica concidente con el principio rector del sistema, tratarán de mantener y aumentar sus ganancias y de trasladar los riesgos a los consumidores, mientras que estos procuran lograr la reducción del precio de bienes y servicios y simultáneamente

¹⁵¹ Velilla Marco , La evolución de la Teoría General del Contrato y del Derecho del Consumidor, en Política y Derecho del Consumo, Navegante Editores, Julio de 1998, Pág. 155

¹⁵² Crf Escobar Sanin Gabriel, Negocios Civiles y Comerciales, Teoría General de los Contratos, Santafé de Bogotá, Librería Jurídica Dike, 1994

¹⁵³ Benítez Beatriz Elsa, Contratos de Servicios Públicos Domiciliarios: Cláusulas Abusivas, en Política y Derecho del Consumo, Navegante Editores, Julio 1998, Pág.253

exigir la maximización de la eficiencia, reduciendo los riesgos a su mínima expresión¹⁵⁴.

A medida que fueron variando las formas de producción y comercialización de bienes y servicios, fue estandarizándose la forma de contratación y fue de manera gradual instalándose, una nueva modalidad, que ahora es la imperante en todos los ámbitos, consistente en los contratos de adhesión¹⁵⁵.

El contrato de adhesión es aquel por el cual el contenido contractual ha sido determinado con prelación por uno solo de los contratantes, y al que deberá adherir el co-contratante que desee formalizar la relación jurídica obligatoria¹⁵⁶. Existen dos elementos básicos para la configuración de esta situación, un elemento material: las bases de la contratación, y un elemento subjetivo: la intención de imponerlos sin discusión alguna¹⁵⁷.

En este tipo de contratos el contratante más fuerte (la empresa en la mayoría de los casos) detenta un poder de imposición tal sobre la otra parte más débil (el consumidor) que le permite imponer los términos y contenidos de la contratación y manejar al consumidor, quien solo tiene la opción de adherir al contrato o no celebrarlo¹⁵⁸.

Este poder de imposición esta garantizado por la superioridad económica y como situación de privilegio asegura al predisponente la posibilidad de manejar los costos y precios de manera tal que le aseguren altos márgenes de ganancias con los que podrá seguir consolidando su posición de superioridad¹⁵⁹.

¹⁵⁴ Ibidem

¹⁵⁵ Ibidem. Pág.254

¹⁵⁶ Farina Juan, Contratos Comerciales Modernos, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, Pág. 256

¹⁵⁷ Ibidem

¹⁵⁸ Ibidem

¹⁵⁹ Ibidem

Una de las formas más comunes de asegurar esta modalidad de abuso contra los consumidores, es con la inclusión de cláusulas abusivas dentro de los contratos de adhesión o en los llamados contratos tipo o formularios impresos¹⁶⁰.

Las llamadas cláusulas económicamente abusivas, leoninas o vejatorias son las que provocan “un desequilibrio en los derechos y obligaciones reciprocas, desquiciando injustificadamente el sinalagma, alterando el principio de equivalencia funcional de las prestaciones¹⁶¹”.

Dentro de las cláusulas abusivas, se pueden distinguir dos tipos:

- La cláusula abusiva *ab initio* o directa que es aquella que, por ejemplo, desde su formulación no otorga tratamiento igualitario a los co-contratantes frente al caso de incumplimiento de uno de ellos. El claro ejemplo son los contratos donde se señalan porcentajes de interés por el incumplimiento del consumidor, pero guarda silencio en el caso de incumplimiento de la empresa o el vendedor¹⁶².

- La cláusula abusiva indirecta que es aquella que en la formación del contrato se presenta como una cláusula justa, pero que se constituye en abusiva en el momento de su ejercicio. Un ejemplo de este tipo de cláusulas lo constituye la posibilidad de rescisión unilateral otorgada a ambos contratantes en los contratos de medicina prepagada; en tanto, que el daño que sufre el usuario del servicio no es de ninguna manera comparable con el daño mínimo que tiene la entidad prestadora de salud¹⁶³

Protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas en el Derecho Internacional.

Se tienen antecedentes de los procedimientos que se seguían en contra de estas cláusulas abusivas, en la ley francesa de 1978, solo ciertas cláusulas, como

¹⁶⁰ Ibidem

¹⁶¹ Suescún Melo Jorge, Derecho Privado, Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo, Legis, Bogotá, 2003, Pág. 646 V. I

¹⁶² Benítez Beatriz Elsa, Contratos de Servicios Públicos Domiciliarios: Cláusulas Abusivas, en Política y Derecho del Consumo, Navegante Editores, Julio 1998, Pág.250

¹⁶³ Ibidem

aquellas relativas a la determinación del precio, a su pago, a la extensión de responsabilidades o garantías, a las condiciones de ejecución, de rescisión, de resolución o reconducción del contrato podían ser consideradas como abusivas.

En derecho alemán, la ley 9 de Diciembre de 1976 relativa a las condiciones generales del contrato, dicta la nulidad de pleno derecho de ciertas cláusulas consideradas como abusivas¹⁶⁴.

El nuevo Código Civil de Québec, entrado en vigor el 1 de Enero de 1994 en su artículo 1437, deja al juez el poder de anular o de reducir toda cláusula abusiva en los contratos de adhesión o en aquellos celebrados por un consumidor, ya que la ley da una definición de la cláusula abusiva¹⁶⁵.

El sistema más eficaz es aquél que no limita la protección de ciertas cláusulas enumeradas en la ley. En efecto, un sistema de enumeración limita en forma considerable el amparo contra las cláusulas abusivas. Su única ventaja está en evitar en determinado caso la interpretación caprichosa del juez. Sin embargo, este podría evitarse gracias a un control de las decisiones de justicia por parte de la Corte Suprema a luz de una definición legal precisa, de la cláusula abusiva. Un sistema de este tipo parece ser el más eficaz. Es el que ha sido consagrado por la Directiva Europea del 5 de Abril de 1993 y en Francia por la ley de introducción de la Directiva, es decir ley de Febrero de 1995¹⁶⁶.

En efecto, en la aplicación de la Directiva y de la ley de 1995, toda cláusula puede ser declarada abusiva y en consecuencia ineficaz cuando corresponde a la definición prevista por la ley o por la Directiva¹⁶⁷.

Esta directiva afirma que las cláusulas abusivas son reputadas por no escritas¹⁶⁸.

¹⁶⁴ Larroumet Christian, La Protección de los Consumidores contra las cláusulas abusivas estipuladas en los Contratos en Derecho Comunitario Europeo y en Derecho Francés, en Política y Derecho del Consumo, Navegante Editores, Julio de 1998, Pág.170

¹⁶⁵ Ibidem

¹⁶⁶ Ibidem

¹⁶⁷ Ibidem

¹⁶⁸ Rengifo García Ernesto, Del Abuso del Derecho al abuso de la Posición Dominante, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, Pág. 213

Protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas en Argentina.

En América Latina el país que más desarrollo ha tenido en este tema ha sido Argentina. La ley de Defensa del Consumidor argentina, sancionada en 1993, y modificada parcialmente por las leyes 24.568 de 1995 y 24.787 de 1997¹⁶⁹, trata el tema de las cláusulas abusivas¹⁷⁰.

En su texto, la ley puntualiza el contenido de las cláusulas abusivas, estableciendo que se tendrán por no convenidas sin perjuicio de validez del contrato, permitiendo al consumidor demandar la nulidad de las mismas, y en su caso, otorgándole al juez la posibilidad de integrar el contrato o demandar directamente la nulidad total en caso de que el oferente hubiese violado de buena fe en la etapa previa o en su celebración¹⁷¹.

La ley de Defensa del Consumidor regula el contrato de adhesión y las cláusulas abusivas admiten que no hay contrato entre diferentes y por eso mantiene la validez del contrato aunque anule alguna cláusula. Ese hecho en cambio, dentro de la teoría tradicional del contrato provocaría la nulidad del negocio por ausencia de un verdadero consentimiento¹⁷².

El efecto del asentimiento del consumidor es la aceptación global del negocio pero mantiene el derecho implícito de revisarlo durante la ejecución si las cláusulas devienen abusivas¹⁷³.

El Artículo 37 de la ley 24.240 de 1993 interpreta que sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por ineficaces y no convenidas:

- a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños;

¹⁶⁹ Farina Juan, Contratos Comerciales Modernos, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, Pág. 258

¹⁷⁰ Benítez Beatriz Elsa, Contratos de Servicios Públicos Domiciliarios: Cláusulas Abusivas, en Política y Derecho del Consumo, Navegante Editores, Julio 1998, Pág.256

¹⁷¹ Ibidem

¹⁷² Ibidem

¹⁷³ Ibidem

- b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de otra parte;
- c) Las que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor¹⁷⁴.

Protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas en Colombia.

Frente a este tema no se ha tenido ningún tipo de desarrollo legal, aunque por vía jurisprudencial ¹⁷⁵ se ha dicho que el tema de las cláusulas abusivas como expresión del abuso de la posición dominante debe tratarse como un abuso del derecho, conforme al artículo 830 del Código de Comercio, según el cual “el que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”

Con esta remisión que se hace al principio del abuso del derecho, el procedimiento a seguir es iniciar un proceso ordinario de responsabilidad civil contractual, para reclamar la indemnización de los perjuicios causados con las cláusulas abusivas.

Este tratamiento en materia de protección al consumidor, resulta muy engorroso, máxime si el contrato tiene una mínima o menor cuantía; de igual manera para el consumidor deberían existir ventajas procesales al reclamar la indemnización de los perjuicios causados.

Por esta razón es necesario que en un nuevo estatuto se contemple la protección a los consumidores cuando son afectados por las cláusulas abusivas, en el Proyecto de reforma 037 (Senado) al estatuto de 1998, se planteo muy acertadamente el tratamiento que debía dársele a estas cláusulas, preceptuando que estas cláusulas se tendrían como inexistentes, pero desafortunadamente como se menciona en el capítulo segundo, este Proyecto no paso los debates necesarios para convertirse en ley de la República.

¹⁷⁴ Farina Juan, Contratos Comerciales Modernos, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, Pág. 256

¹⁷⁵ Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, Sentencia 125 de 19 de Octubre de 1994, Exp.3972, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss

f. Derecho a la protección del consumidor por adquisición de bienes a través de Medios electrónicos.

Dentro del esquema del mercado y los bienes que podemos adquirir en el, es muy importante señalar en este capítulo, uno de los medios de adquirir estos bienes y que ha tomado gran auge en la actualidad.

Con las nuevas exigencias del mercado, los hombres han creado mecanismos para agilizar el envío de información, el pago de sus cuentas, etc. Para esto se creó el concepto de Comercio Electrónico, en el que se encuentran las operaciones que funcionan con documentos electrónicos y transferencias electrónicas.

En Colombia el desarrollo frente al tema de comercio electrónico ha sido mínimo, se puede decir que la única normatividad que ha reglamentado este tema ha sido la Ley 527 de 1999¹⁷⁶.

Esta Ley se aplica a multitud de negocios y actos jurídicos que no tienen relación con el comercio estrictamente considerado. Puede aplicarse en política, en medicina, en la academia, en cualquier faceta del conocimiento en que se requiera transmitir un mensaje de datos¹⁷⁷.

La Ley 527 de 1999 es una adaptación de la Ley Modelo de UNCITRAL, aprobada por dicha comisión el 16 de Diciembre de 1996. La Secretaria General de la Naciones Unidas la distribuyó en los países miembros junto con una guía de incorporación al Derecho interno¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Ravassa Gerardo José, Derecho Internacional Mercantil Internacional, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2004, Pág.506

¹⁷⁷ Ibidem. Pág.507

¹⁷⁸ Ibidem

Dentro de esta Ley se reglamenta todo lo concerniente a mensajes de datos, firma digital, encriptación, etc. Pero es muy importante resaltar que en el Artículo 46: **“Prevalencia de las leyes de protección al consumidor:** La presente ley se aplicará sin perjuicio de las normas vigentes en materia de protección al consumidor.” De esta manera las normas de esta ley pueden derogar ninguna norma jurídica destinada a la protección del consumidor¹⁷⁹.

Esta ley no protege de ninguna manera a los consumidores, en tanto, que al ser una ley modelo, creada para muchos países, se suponía que cada uno de los países tenía su propia legislación en materia de protección al consumidor, pero no es el caso de Colombia, creando un vacío jurídico en materia de protección al consumidor que adquiere bienes y servicios, por de medios electrónicos.

En la Unión Europea el concepto de comercio electrónico se plantea de una manera mucho más amplia, basado en el tratamiento electrónico y la transmisión de datos, abarca actividades muy diversas que van desde el intercambio de bienes y servicios a la entrega en línea de información digital, pasando por la transferencia electrónica de fondos, la actividad bursátil, la contratación pública, etc¹⁸⁰.

Dichas actividades pueden clasificarse en dos categorías:

- El comercio electrónico indirecto, o sea, el pedido electrónico de bienes tangibles cuya entrega debe realizarse físicamente, por lo que depende de factores externos tales como la eficacia del sistema de transporte y de los servicios de correos;
- El comercio indirecto, es decir, el pedido en línea, el pago y la entrega de bienes y servicios intangibles tales como los programas informáticos o productos de esparcimiento.

¹⁷⁹ Ibidem .Pág. 507

¹⁸⁰ Iniciativa Europea sobre el Comercio Electrónico, Comunicación de la Comisión de 18 de Abril de 1997, en <http://www.europa.eu/>

El comercio electrónico no se limita a Internet, sino que incluye otras aplicaciones tales como el videotexto, la telecompra, la compra por catálogo o por CD-Rom¹⁸¹.

Dentro de este contexto de comercio electrónico, con el fin de proteger al consumidor la Unión Europea, ha creado varias directivas:

- Directiva 58/ 2002, en esta directiva se refiere al tratamiento de datos personales y la protección en las comunicaciones electrónicas, incluyendo la firma digital para aumentar la seguridad de las transacciones económicas y proteger la intimidad de las personas. En esta directiva de igual manera prohíbe las comunicaciones comerciales o spams en toda la Unión Europea¹⁸².
- En España la Ley 34 de 2002, somete las comunicaciones comerciales a una serie requisitos mínimos: Estas serán claramente identificables como tales; la persona física o jurídica en nombre de la cual se realice la comunicación debe ser claramente identificable; las ofertas, juegos o concursos promocionales deben ser claramente identificables como tales y cumplirse las condiciones¹⁸³.
- Se aplicaran de igual manera las políticas de competencia desleal y prácticas restrictivas de la competencia, en el comercio electrónico.

¹⁸¹ Ibidem

¹⁸² Rodríguez Nuria, El Comercio Electrónico, marco jurídico en la Unión Europea, Lisboa, 2005, en <http://www.cec.consumo-in.es//>

¹⁸³ Ibidem

CAPÍTULO CUARTO

Derecho del consumidor en Alemania

4.1.- Recurso jurídico comparativo

Toda la investigación desarrollada hasta este punto se torna en fundamento decisivo para afirmar que el derecho del consumo ha venido cobrando una importancia inigualable en el moderno e inimaginado (por el legislador) mercado a lo largo y ancho de todo el mundo. También, es necesario reconocer que no existen en nuestro país y en no pocas latitudes, mecanismos adecuados que posibiliten una protección eficaz de los consumidores.

Porque como se ha dicho, por ejemplo en el caso colombiano aunque existen algunos mecanismos de protección al consumidor, estos son absolutamente insuficientes y obsoletos frente a las necesidades actuales del mercado, en tanto, que guardan silencio frente a temas de gran trascendencia y uso actual como las ventas a distancia, las televentas, ventas por internet, cláusulas abusivas, etc.

La configuración de los mecanismos legales y jurisdiccionales de protección al consumidor es un asunto que tiene que ser tratado minuciosamente. Sin embargo, por razones de espacio y tiempo vale anotar, entre otras muchas razones que pueden esgrimirse para que el estado de cosas a ese respecto no tienda a mejorar en un corto plazo, que - por ejemplo - para un empresario o para una sociedad oferente en el mercado masivo, resulta mucho más rentable asumir los costos de transacción derivados de la imposición de sanciones administrativas o el cubrir la indemnización a la que resulta obligado en casos aislados, que modificar un producto comprado por miles de personas y que no tiene la calidad o las características que razonablemente deberían ser exigibles¹⁸⁴.

Puesto en otros términos, resulta más económico para un comerciante pagar la sanción, que modificar su producto defectuoso. El valor de aquella frente a las

¹⁸⁴ Sentencia T- 062 de 1995, Corte Constitucional, M.P. José Gregorio Hernández

ganancias dejadas por éste, resulta en no pocas oportunidades tan ínfimo que exigir un cambio de política al interior de esas mismas sociedades o empresas no solo es exigible, sino que hace parte de las condiciones normales en las que se desarrolla el "status jurídico" de la oferta característica del mercado contemporáneo¹⁸⁵.

En este caso puesto a consideración en el cual el productor o empresario decide pagar la sanción, que le es impuesta por la deficiencia de su producto, es importante analizar que finalmente esta suma de dinero pagada como sanción, se trasladará de una u otra manera al producto y por ende al consumidor.

Este primer elemento conduce a plantear que la única manera de lograr una verdadera presión sobre los empresarios o sobre las entidades, es implementar normas jurídicas, que además de crear claras ventajas jurisdiccionales a favor del consumidor, tengan un peso económico significativo para los empresarios. Valdría preguntarse ¿Cuál sería eventualmente la mejor configuración de esa normatividad? Dejaré, por ahora, la pregunta flotando en vilo, para responderla más adelante.

De otro lado, al tener en cuenta la observación sobre los derechos fundamentales que se hizo atrás, se encuentra que su poder irradiante es una de las más fuertes razones, para que se implementen protecciones jurídicas adecuadas en favor de los consumidores, y más allá de ello, que esos derechos deben prohijar argumentos para que las políticas legislativas consagren no solamente mecanismos eficaces, sino presunciones y cargas procesales que desembaracen al consumidor indefenso de toda clase de lastres procesales o técnicos que conducen casi siempre al fracaso de las controversias judiciales, en virtud de la inexperiencia o ausencia de conocimientos jurídicos o técnicos del consumidor. Situación que adicionalmente es promovida por la práctica jurídica del derecho empresarial en todo el mundo¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Organización Internacional del Trabajo, La Industria de la Maquila en Centroamérica, en <http://www.ilo.org//>

¹⁸⁶ Ibidem

Hasta aquí pareciera que el derecho del consumidor se torna bastante sombrío y lleno de buenas intenciones, que por lo demás no pueden materializarse. Sin embargo, la finalidad de este trabajo es evidenciar como existen mecanismos jurídicos adecuados y suficientemente significativos para el derecho empresarial que permiten una protección adecuada del derecho del consumo.

En efecto, como lo arrojó la investigación realizada y como a lo largo del texto lo expresé, el derecho europeo ha venido a constituirse en los últimos tiempos en un modelo jurídico de necesaria consulta en todo el mundo. Pues, además de ser el marco regulatorio del mercado más grande y significativo del mundo, contiene - quizás por ese mismo hecho - normas e interpretaciones conducentes al desarrollo de un mercado expedito, en el sentido de ser un derecho que le "exige" en realidad a las empresas y a los productores, en general a los comerciantes, cumplir de manera rigurosa con los estándares establecidos previamente por la ley.

Como lo ha demostrado la jurisprudencia, siempre que una empresa comienza a ser masivamente atacada por los consumidores se cierne sobre ella, la imperiosa necesidad de mejorar indispensablemente sus servicios o sus productos¹⁸⁷. Pero - valga anotar aquí - los ataques, para ser efectivos, tienen que tener una incidencia económica sobre los intereses de la misma empresa o del productor.

A ese respecto vale anotar que si bien es cierto las acciones conjuntas de consumidores tienen una considerable incidencia social, no la tienen a nivel jurídico, pues las sanciones como lo exprese arriba son impuestas, pero a la hora de ser cumplidas resultan insignificantes, con lo que tampoco tienen una significancia económica relevante para la empresa.

Esa dimensión económica empresarial que, de manera indispensable debe ser analizada a la hora de configurar los mecanismos jurídicos, no puede ser tocada por la ley, de una manera diferente a aquella que impone la observancia de cada uno de los contratos. Esto es que, a pesar de que puede que los contratos hayan sido realizados en masa - jurisdiccionalmente - deben poderse analizar, a través

¹⁸⁷García Azucena, Seguridad Activa y Pasiva de un Vehículo, exigencias a los fabricantes, Marzo 2006, en <http://www.consumers.es/>

de ellos, todos los elementos configurativos del derecho del consumo.

Trasponiendo ese argumento es factible decir, en otras palabras, que no tiene la misma importancia una acción de muchos consumidores contra un producto o un servicio que concluye con única sanción para la empresa o el productor, a la que puede tener una serie de acciones que, promovidas por muchos consumidores particulares e individuales, terminen en múltiples procesos exitosos y sancionatorios para la empresa, que además inducirán una alta desconfianza de los futuros adquirentes del producto o contratantes del servicio.

Así, si bien es cierto que ante una buena regulación del consumo, el empresario oferente de productos y servicios se asesorará lo mejor posible jurídicamente (entre otras cosas, porque, por ejemplo, cada contrato contentivo de condiciones generales de contratación, puede volverse discutible totalmente ante la jurisdicción), no lo es menos que esa asesoría honesta, puede conducirlo a concurrir al mercado con las adecuaciones técnicas y de servicio que le permitan librarse de contingentes sanciones que, además, pueden multiplicarse rápidamente, ante la prosperidad de una queja justificada en contra de alguno de sus productos.

Bien, pues ese planteamiento no es nuevo. El derecho del consumo Europeo lo ha ofrecido ya en alguna de sus motivaciones para crear fuertes talanqueras a la iniciativa empresarial irresponsable o descuidada. Pero yendo más allá, es necesario mencionar que ese derecho europeo ha sido influenciado, fundamentalmente por el derecho francés y en este campo del consumo primordialmente por el derecho alemán.

4.1.1.- Importancia del derecho comparado del consumo

El derecho comparado es innegablemente importante y en materias que cobran importancia internacional, como puede verse desde las más lejanas referencias históricas. Ha servido como fuente necesaria para crear soluciones jurídicas plausibles para muchos sujetos de diversa condición, raza o nación; incluso, no porque ellas sean las más adecuadas o justas, sino porque son simplemente las más aceptadas. El *Ius Gentium*, la *Lex Mercatoria*, las *Hansas alemanas* o el

mismo arbitramento actual, - que permite pactar tanto la jurisdicción, como el derecho aplicable a los contratantes que ven mejor protegidos sus derechos por un ordenamiento ajeno - son claros ejemplos de ello.

Pues bien, al referirme concretamente al derecho del consumo, considero que la imperiosa necesidad de crear derechos transfronterizos es también una razón suficiente y necesaria para concurrir a buscar la mejor reglamentación que sobre el punto se haya trabajado. "Mejor reglamentación" entendida como aquella que, primero: consagre mecanismos que efectivamente conduzcan a presionar o limitar a los comerciantes para que concurran a mejorar y a responder por sus productos; y, segundo: que cumplan con la insoslayable exigencia de proteger y garantizar - por lo menos - los derechos fundamentales del consumidor.

Ahora bien, como desde el anteproyecto de este trabajo se planteó, considero que cuando el empresario "teme la aplicación rigurosa de la ley" en cualquier país del mundo, los estándares de calidad empiezan a cumplirse consecuentemente, sin mayores complicaciones.

Famoso es el caso de empresas como MC DONALDS en el cual una mujer demandó a la multinacional, por que, al comprar una taza de café, no le advirtieron que el contenido estaba caliente, y al derramarse el café, ella se quemó con el líquido caliente. Al entablar la correspondiente acción legal, fue indemnizada con varios millones de dólares.

De esta manera, las empresas ; al tener un conocimiento claro de los efectos jurisdiccionales de un proceso en su contra, en los Estados Unidos de Norteamérica o en Alemania, prefieren indemnizar los pedidos del consumidor afectado, antes de que la discusión se vuelva judicial¹⁸⁸.

Si bien, el caso citado refleja como se puede conducir a abusos respaldados por la legislación¹⁸⁹, no lo es menos que, tal y como lo reflejan las encuestas, los consumidores satisfechos de una sociedad, son los que menos recurren a congestionar los despachos judiciales. Esa educación de los consumidores,

¹⁸⁸ García Azucena, Seguridad Activa y Pasiva de un Vehículo, exigencias a los fabricantes, Marzo 2006, en <http://www.consumers.es/>

¹⁸⁹ Usuarios de MacBook demanda a Apple, en <http://www.e-mercadeo.com/>

empero a de ser una consecuencia de un sistema jurídico y judicial que funcione adecuada y eficazmente.

4.2.- Delimitación espaciotemporal a Europa

Europa es en mi concepto el mercado, cuya regulación jurídica en general más se acerca a cumplir con los dos elementos que he planteado arriba: 1.- Tanto la efectiva persuasión de los comerciantes a que concurran con el mejor producto posible al mercado; y, 2.- el respeto por los derechos fundamentales de los consumidores.

Claro lo anterior, debe hacerse un reconocimiento: la mayor influencia del derecho europeo del consumo, proviene del derecho alemán a ese mismo respecto. No en vano, desde siempre la legislación alemana ha sido fuente de creaciones legislativas al rededor de todo el mundo del derecho romano germánico, dentro de lo cual Colombia no ha sido una excepción¹⁹⁰.

4.3.- Alemania

El tratamiento jurídico alemán es el que se muestra como el más propicio para demostrar la hipótesis que tímidamente arrojé en la introducción de este estudio, pues además de que toda la normatividad debe ser interpretada a la luz de los derechos fundamentales consagrados en la Ley Fundamental Alemana, se ha incorporado recientemente - apenas en el año 2002 - una reforma al Código Civil Alemán que - entre otras muchas cosas - positivizó el así denominado "derecho de los jueces", esto es el derecho reconocido o creado jurisprudencialmente, en materia de derecho privado, aun en ausencia de normas legales que lo consagrarán como la Teoría de la Imprevisión contractual¹⁹¹ o la teoría de ciertos abusos del derecho. Esa reforma sistematizó, simultáneamente, al interior del texto del Código una serie de normas que se hallaban desperdigadas en una

¹⁹⁰ Legislación comercial, en especial normatividad de la competencia.

¹⁹¹ Cfr.. §13 del BGB

considerable cantidad de leyes atinentes a la protección al consumidor¹⁹².

No obstante que en Alemania la normatividad del consumidor se incluyó en el Código Civil, por tener una enfoque jurídico, mucho más sistemático y concreto que el nuestro, en mi opinión, en Colombia no se debería seguir este ejemplo, al tener un Código Civil que regula múltiples materias; lo aconsejable sería tener un Código de Consumo, que en determinadas materias como la de obligaciones o contratos se remitiera a la normatividad pertinente, pero que en materia de consumo, consagrara normas propias.

4.4.- La incorporación legal de los mecanismos de protección.

Cuando se concluye un contrato en Alemania entre un consumidor y una empresa¹⁹³ el consumidor - en la duda - será considerado como la parte dominada del contrato. Por lo tanto el será especialmente protegido por una serie de normas. En Colombia a pesar de que la doctrina y la jurisprudencia han señalado la condición de inferioridad del consumidor, aún no se han creado normas realmente eficientes para protegerlo.

En parte el derecho de protección al consumidor alemán se caracteriza por una serie de contratos. Por lo tanto, este derecho es regulado y desarrollado en interdependencia con el derecho de contratos y en la parte del derecho especial de obligaciones. Solo para mencionarlo, fundamentalmente, las regulaciones de protección al consumidor se componen de compras de bienes de consumo, contratos de vivienda en tiempo compartido contratos de préstamo de consumo, como con el contrato de ayuda financiera y contratos de entregas sucesivas.

En nuestro país la regulación contractual previa a favor del consumidor es prácticamente inexistente, solo se ha consagrado en sectores específicos como en la prestación de servicios públicos domiciliarios, servicios de salud y créditos para adquirir vivienda.

Por lo que todo el derecho de protección al consumidor por supuesto se encuentra

¹⁹² Horst Ehmann, La Reforma del BGB, Modernización del Derecho Alemán de Obligaciones, Universidad Externado de Colombia, 2006. Pág. 21

¹⁹³ Cfr. §14 del BGB

materializado en varios tipos de contratos, es en general regulado por el derecho de obligaciones, en Colombia en mi concepto es aconsejable que en la parte atinente a obligaciones, el nuevo Estatuto se remitiera al Código Civil, pues en la actualidad el Estatuto del Consumidor no consagra obligaciones de las partes de manera expresa y tampoco se remite al Código Civil.

En Alemania por ejemplo se tiene una aplicación adicional, al control de las condiciones generales de contratación para la protección del consumidor participante en el contrato. De igual manera regulaciones dirigidas a la protección del consumidor, aplicables a formas especiales de venta o distribución.

4.5.- Formas especiales de venta o distribución

A las formas especiales de venta o distribución pertenecen los negocios hechos a domicilio o literalmente llamados en la legislación alemana "negocios en la puerta de la casa" "*Haustürgeschäfte*", los contratos de compraventa a distancia y los contratos concluidos en el tráfico electrónico, así denominados *E - commerce Verträge*. La generalidad de estas formas de venta especiales surgen de lo siguiente: que esos contratos son hechos, iniciados, preparados o concluidos o de una desacostumbrada manera y/o bajo desacostumbradas circunstancias y/o en un desacostumbrado lugar.

Estos contratos son regulados e interpretados en interdependencia con la fundamentación de las relaciones obligacionales derivadas del contrato. Todo ello se dirige a proteger al consumidor de peligros que pueden derivarse de la(s) condición(es) o situación(es) "extraña(s)" en que se ha celebrado el contrato.

En Colombia hasta el momento no se ha creado ninguna regulación que incluya el tema de ventas especiales, a pesar, de que cada día son más frecuentes, dejando totalmente desprotegido al consumidor, solo con la posibilidad de ejercer las acciones civiles comunes, con el agravante que en determinado caso, el no conoce a ciencia cierta a la otra parte del contrato, ni el lugar en que se encuentra ubicado, ni cual es la ley aplicable si por ejemplo la compra fue vía telefónica, pero la llamada se redirecciona a otro país o a un servidor.

a. Negocios jurídicos a domicilio

Con respecto a los negocios jurídicos a domicilio, puede dejarse sentado que son aquellos que se perfeccionan por la declaración de aceptación del consumidor en su casa, a una oferta realizada por parte de una empresa distribuidora. La particularidad de estos negocios –y que genera la necesidad de protección para el consumidor - yace en la rapidez con que generalmente se celebra el contrato y que puede ser perjudicial para el consumidor aceptante, pues no está en capacidad de verificar, comparar o evaluar, las calidades de los bienes o servicios entregados.

Así pues, el consumidor es susceptible de ser protegido en los negocios a domicilio por cuanto él en su vivienda, en su trabajo - o en el lugar acordado - sencillamente puede ser sorprendido o estar desprevenido y haber sido previamente persuadido, convencido o manipulado para la conclusión del respectivo contrato y que el simplemente no hubiera querido celebrar o mantener en otras circunstancias. Este derecho – como adelante se verá - genera específicos presupuestos para un derecho de retractación.

Este tema se encontraba incluido en el Proyecto de reforma al Estatuto del Consumidor, de 1998 en Colombia, que finalmente no fue aprobado. Se definía como venta a domicilio: La realizada en un lugar donde se localice en forma permanente o transitoria el consumidor, o en su lugar de trabajo, o la venta que se proponga o efectúe por intermedio del servicio postal, de telecomunicaciones, electrónico o algo similar, en que las partes no negocien personalmente las condiciones de venta.

Se decía que en estos eventos, el proveedor debía informar previamente al consumidor sobre el precio, la forma de pago, la fecha de entrega, los costos inherentes a ésta, el derecho de retracto y la marca del bien o servicio.

Se mencionaba de igual manera que el Gobierno Nacional reglamentaría esta clase de negociaciones y las obligaciones que se derivarán de las mismas.

b. Contratos de compraventa a distancia

La especialidad de los contratos celebrados a distancia surge de lo siguiente: de que la conclusión del contrato no se produce en un encuentro físico entre la empresa y el consumidor. Por lo tanto el consumidor no tiene la posibilidad de probar y ver la cosa antes de la conclusión del contrato. Los fundamentos de su decisión de contratar son únicamente las informaciones que, a través de medios técnicos le ha proporcionado la empresa a él. Por lo tanto las empresas son obligadas a poner a disposición del consumidor, antes de la conclusión del contrato diferentes clases de informaciones y pruebas de acuerdo al derecho civil.

En la regulación alemana al respecto del deber de informar; cuando se presenta un incumplimiento de la empresa de este deber¹⁹⁴, surge en su contra una responsabilidad indemnizatoria de los daños a causa específicamente de la violación de sus obligaciones precontractuales¹⁹⁵.

Como medios de comunicación a distancia valen, aquellos medios de comunicación que pueden ser empleados para la iniciación o para la conclusión de un contrato entre un consumidor y una empresa, sin una simultánea presencia corporal de las partes del contrato.

En este acápite es muy importante señalar que ni en el Estatuto del Consumidor actual, ni en la legislación comercial, existen normas que regulen el tema de las compraventas a distancia, a pesar de que cada día esta modalidad de compraventa cobra mayor importancia en nuestro país y en el mundo entero. Compraventas que son cada día más comunes cuando las fronteras comerciales están desapareciendo y nos involucramos cada día más en unas relaciones económicas globalizadas.

c. Contratos en el tráfico jurídico negocial electrónico.

¹⁹⁴ Cfr.. §280 y 311 del BGB

¹⁹⁵ *Ibidem*

La regulación alemana también contiene regulaciones para la protección del cliente que concluye un contrato con una empresa en un negocio virtual o del internet. Aquí, el peligro se deriva de un error en la solicitud y la necesidad del cliente de poder efectuar una corrección en ella, cuando todavía esa actuación es válida. Por lo tanto, la empresa debe colocar a disposición del cliente los medios técnicos eficaces y disponibles, con cuya ayuda el cliente pueda reconocer los errores posibles antes de enviar su orden y - consecuentemente - pueda corregirlos¹⁹⁶.

Por lo demás, tiene la empresa que dar a conocer de manera clara y comprensible las determinadas informaciones para la conclusión del contrato que se encuentran prescritas en la ley. (Por ejemplo: pasos técnicos que conducen a la a la conclusión de un contrato)¹⁹⁷.

La empresa debe confirmar la recepción de la orden inmediatamente a través del mismo medio electrónico utilizado por el cliente. Finalmente la empresa debe incluso brindar la posibilidad al cliente, de abrir el portal que contiene las condiciones generales de contratación y debe brindar una forma adicional para que este pueda grabarlas en su computador¹⁹⁸.

Una violación de la empresa de alguna de estas obligaciones no conduce, a la nulidad del contrato, que sin embargo si puede generar, por supuesto, una obligación de indemnización de perjuicios en contra de la empresa. Eso si fundamentada y por lo demás conducida por el cliente - consumidor del contrato, quien puede impugnar su declaración negocial a causa de un error.

4.6. Acciones de protección a favor consumidor

Sumadas a las acciones clásicas de nuestra legislación civil y comercial, el estudio de derecho comparado, utilizado a lo largo de esta monografía, abre la posibilidad

¹⁹⁷Cfr. §312e 1 Nr. 2

¹⁹⁸ §312e Nr.4 1Nr.4

de reconocer los beneficios de dos formas declarativas de voluntad que protegiendo al consumidor, pueden dejar sin efecto un negocio jurídico perjudicial. Ellas son el derecho de retractación y el derecho de revocación respectivamente.

a. Derecho de retractación

Como ya se vio, los negocios jurídicos celebrados por un consumidor reúnen determinadas características y presupuestos que los hacen impugnables. Específicamente, se constituyen por elementos que generan los eventuales presupuestos para un derecho de retractación. Reunidos esos presupuestos puede el consumidor deshacer el pacto contractual. Esta es una excepción al principio general de la ley contractual o "*pacta sunt servanda*". El derecho de retractación sirve a la finalidad de que la libertad de decisión del derecho negocial del consumidor, sea garantizada.

- Presupuestos del derecho de retractación

El derecho de retractación presupone que el consumidor haya sido determinado bajo específicas y especiales condiciones, para la emisión de su declaración de voluntad de aceptación de una oferta particular¹⁹⁹..

1) La declaración de voluntad del consumidor debe haberse derivado de su sorpresa o de su desprevenición. La ley da por sentado el siguiente supuesto: El consumidor ha sido manipulado y determinado a través de tratamientos verbales en su sitio de trabajo o en el área de su vivienda.

Esto es, que la predisposición psicológica de quien se encuentra negociando [empresa de venta a domicilio] no es la misma que tiene quien se encuentra laborando o descansando [consumidor]. Esa situación – de la que parte el legislador alemán- rompe con la presunta igualdad contractual con la que deberían concurrir ambos sujetos negociales a celebrar un contrato de adquisición de bienes o servicios.

¹⁹⁹ Cfr. Art.845 y 846 del C. de Co. Cfr.

2) La declaración de voluntad del consumidor debe ser la oferta o la aceptación constitutivas de un negocio jurídico bilateral, que constituye un contrato sobre la determinada prestación.

- Exclusiones del derecho de retractación

1.- La doctrina se pronuncia a favor de que todas las declaraciones de voluntad que no tengan relación con negocios jurídicos de adquisición de bienes o servicios hechos a prueba, no son subsumibles bajo esta norma²⁰⁰ p.ej: La venta a prueba de una aspiradora no sería subsumible en esta norma, pero una venta simple del mismo electrodoméstico, si lo sería.

2) El derecho de retractación está excluido cuando el consumidor en determinados casos no necesita ser protegido. La ley alemana menciona expresamente los siguientes casos:

- Cuando los tratamientos contractuales en el lugar de trabajo o en la vivienda son ordenados por el consumidor. Aquí falta el efecto sorpresivo ejercido sobre la voluntad del consumidor. Por ejemplo, cuando el eventual comprador invita a un vendedor de apartamentos a exponer los beneficios del probable negocio de compraventa.

- Cuando con la conclusión del negocio sea la prestación inmediatamente cumplida y pagada y cuyo valor no sobrepase los 40 euros. Si bien el consumidor pudo haber sido abordado intempestivamente en ese evento o "haber sido tomado de sorpresa", sin embargo son esos negocios vistos como negocios que producen lo que se denomina daños derivados de un ilícito "bagatela" civil, esto es aquellos que causan un perjuicio insignificante al consumidor.

Es importante analizar que aunque la legislación alemana considera que se causa un perjuicio insignificante al consumidor, debe hacerse la crítica, en el sentido, que cuando este perjuicio se causa a varios consumidores, o a toda una comunidad, no podemos hablar de un perjuicio insignificante, caso en el cual debería reevaluarse la posición alemana.

²⁰⁰ Brox Walter, Derecho General de Obligaciones, Ediciones C.H. Beck, Pág.178

Derecho de retracto en Colombia

El derecho de retracto en Colombia se encuentra tipificado de manera expresa, para materias específicas. Es así como, por ejemplo, las arras con derecho de retracto fueron introducidas en el Código Civil²⁰¹. En materia comercial el estatuto mercantil lo tipifica para unos muy específicos contratos²⁰². El estatuto financiero y cambiario reconoce a su turno puntuales aplicaciones de la figura.

No obstante en otras latitudes [p. ej. Alemania, Bélgica, USA Canadá y Noruega, entre otros] el derecho de retracto, constituye un principio general, por virtud del cual - dentro de un plazo determinado -, casi cualquier declaración de voluntad es impugnabile y por consiguiente, puede dejarse sin efectos por parte del mismo declarante. Esto es, lo que en la doctrina clásica se denomina hacerla ineficaz.

En esa medida, se considera que - por lo menos en lo que atañe al derecho del consumo - debería legislarse para que en Colombia esa posibilidad impugnativa se constituyera en un principio general que permitiera al consumidor atacar y dejar sin efecto cualquiera de sus propios negocios jurídicos, ya fueran estos ofertas o aceptaciones de contratos de adquisición de bienes o servicios en un tiempo determinado.

En el proyecto de reforma al Estatuto del Consumidor presentado en el año 1998 en Colombia, se contemplaba el derecho de retracto para los contratos de compraventa de bienes y servicios a plazos y en los de ventas a domicilio, excepción hecha de los relativos a alimentos, educación y atención hospitalaria, se proponía que el derecho de retractación, que debía constar expresamente, permitía a cualquiera de las partes para resolver el contrato dentro de los tres días siguientes a su celebración, con la simple comunicación en tal sentido a la otra parte contratante.

Se preveía que en el evento de que el contrato no tuviera la mención del derecho de retracto, tal omisión tendría como consecuencia que el término para ejercerlo

²⁰¹ Cfr. Art. 1859 del Código Civil

²⁰² Cfr. Art. 843 del Código Comercio

por parte del consumidor se ampliaría, de pleno derecho, de tres a quince días, sin perjuicio de las sanciones a que hubiera a lugar.

b. Derecho de revocación

El derecho de revocación contractual le da a un consumidor, bajo determinados presupuestos - que a continuación se analizarán - la posibilidad de resolver un contrato con una empresa sin tener que esgrimir una determinada justificación.

1.- El derecho de revocación pretende la protección del consumidor frente a vinculaciones contractuales que pueden eventualmente haber sido aceptadas de manera precipitada o irreflexiva. Este es el primer elemento constitutivo de la figura de la revocación.

2.- Ello, frente a ofertas engañosas o aparentes y sin ponderación de los asuntos que hacen nacer el derecho a la posibilidad revocatoria o sobre asuntos contractuales difícilmente configurados. (p.ej.: es poca la experiencia y el conocimiento que tiene un consumidor normal sobre un contrato de apertura de créditos o sobre un contrato hecho bajo condiciones electrónicas). Esto es, que el consumidor contrata sin tener la necesaria visión general que requiere el asunto. La dificultad configurativa del contrato constituye pues el segundo elemento de la posibilidad revocatoria a favor del consumidor.

Con respecto a los efectos de la revocación cabe anotar que el consumidor después del ejercicio de su derecho impugnativo, no está - en adelante - vinculado a su declaración de voluntad contractual. La eficacia de la declaración de revocación del consumidor y del contrato concluido, son - desde ese momento - jurídicamente interdependientes. El contrato puede, a través de la revocación terminar siendo ineficaz. Por consiguiente, se extinguen para las partes que han concluido bilateralmente el contrato, sus mutuas pretensiones al cumplimiento.

Ahora bien, si se pretende por parte del consumidor revocante una eficacia final a *posteriori* del contrato, ella se alcanza a través de la declaración de voluntad

ratificatoria del consumidor. Por supuesto, solo hasta después de que se produzca la extinción del derecho a la revocación que tiene el consumidor.

El derecho de revocación para un contrato en el que ha participado un consumidor solo surge cuando a través de la ley se ha consagrado el mismo derecho de revocación. Algunas regulaciones contienen ese derecho expresamente. Por ejemplo: para negocios jurídicos a domicilio, para contratos a distancia, para contratos de mutuo. De acuerdo al principio de la libertad de configuración contractual, puede sin embargo también pactarse un derecho de revocación para las partes, en aquellos contratos para los cuales la misma posibilidad no está prescrita legalmente.

Ejercicio del derecho de revocación

- Declaración de Revocación.

En el derecho alemán, de la declaración de revocación debe desprenderse que el consumidor no quiere darle validez al contrato, a pesar de que la palabra “revocación” [Widerruf] no sea expresamente utilizada. Por el contrario, no es necesaria ninguna clase de fundamentación para esa revocación. Sin embargo, si debe quedar claro que el consumidor actuó como un revocante.

La declaración de revocación debe derivarse o de la literalidad de la expresión o del envío de regreso de la cosa negociada. Con el envío de la cosa, sin embargo debe la empresa o el comerciante poder reconocer a que contrato se refiere la declaración de revocación. (p.ej.: piénsese en el contrato de mutuo de dinero hecho por una promoción y conferido para la compra de varios productos en el mismo almacén: la devolución de una de las cosas que tenía defectos, no implica la revocación de los demás contratos, y tampoco del negocio de mutuo inicial.)

Como declaración recepticia de voluntad, será la declaración de revocación eficaz, solo hasta cuando ella haya exitosamente llegado a la empresa o al comerciante²⁰³

²⁰³ Cfr. Art. 845 y 846 del Código Comercio

El riesgo de la cosa durante el transporte recae sobre la empresa o el comerciante, incluso en el caso de que la cosa se pierda o se destruya durante el tiempo del transporte de devolución, luego de la declaración de revocación del consumidor.

- Plazo de la revocación

El plazo de revocación dura fundamentalmente dos semanas. Cuando los informes al consumidor sobre su derecho de revocación no se encuentren contenidos dentro del contrato, sino que sean comunicados después, el plazo de revocación será de un mes²⁰⁴. El plazo puede ser alargado a beneficio del consumidor. Un acortamiento del plazo no es sin embargo posible. El plazo legal mínimo de dos semanas es un derecho irrenunciable.

El plazo comienza a correr cuando el consumidor ha sido debidamente enterado sobre su derecho de revocación en adecuada forma²⁰⁵ o con la conclusión de un contrato escrito que pone a disposición del consumidor la información sobre su derecho de revocación o que indica la colocación de la información y su acceso. Con contratos celebrados a distancia y contratos de vivienda en tiempo compartido comienza el plazo para la revocación cuando la empresa ha puesto a disposición del lejano cliente, las informaciones necesarias, a su disposición. La llegada de la cosa marca el comienzo del plazo de la revocación.

Para el caso de los contratos hechos a distancia, cuando las empresas no han puesto la información necesaria a disposición del consumidor, permanece el derecho de revocación en todo caso, de manera ilimitada en el tiempo. El plazo concluye en todo caso a más tardar al final de los seis meses siguientes a la conclusión del contrato²⁰⁶. Con respecto a la tradición sucesiva de cosas comienza el plazo por supuesto solo hasta el día último de la entrega de la totalidad de las cosas²⁰⁷.

204 §355 II

205 §355 II 1

206 § 355 III 1

207 § 355 III 2

Las diferencias estructurales entre la revocación y la retractación pueden enumerarse de la siguiente manera:

- La palabra retractación ha de mencionarse expresamente, en tanto que la revocación puede ser expresa o tácita.
- La revocación puede generar la revisión por parte de un tercero heterocompositor de la pertinencia y adecuación a derecho de esa declaración impugnativa. Vg. un Juez, un arbitro o un perito.
- Dentro de los efectos diferenciables cabe resaltar que la revocación puede eventualmente dar lugar a la indemnización de los perjuicios sufridos por el revocante, en tanto que la retractación hace per se ineficaz e inexistente el negocio atacado.
- Puede acotarse que la revocación comporta una mayor seguridad jurídica tanto para el consumidor como para la empresa vendedora, en la medida en que la declaración revocatoria eventualmente es revisada. Esa posibilidad de revisión se desprenderá de las calidades de los bienes o servicios o de la envergadura del negocio jurídico atacado. P.ej: Cuando se trate de ventas sobre bienes de considerable costo la revocación será revisada por parte de un tercero decisor a solicitud de cualquiera de las partes negociales.

En el caso Colombiano cabe precisar que la revocación también fue reconocida de manera taxativa para determinados contratos o negocios jurídicos, y específicamente para todos aquellos que han sido clasificados como de mandato, apoderamiento o representación. Así, se presentan la revocatoria del apoderamiento o mandato, del agente comercial o del corredor. En materia de derecho de consumo podría hacerse una eventual equiparación entre el derecho de revocación en estudio y las acciones de saneamiento por evicción y por vicios redhibitorios ocultos. También el estatuto del consumidor actual consagra puntuales aplicaciones en cuanto a lo que tiene que ver con las garantías de los productos. Sin embargo, valdría la pena en generalizar ese tipo de declaraciones para todos los contratos que tengan que ver con el consumo.

Ahora bien, frente al derecho de revocación del consumidor - en su calidad específica - y no como parte de un contrato, a parte de las normas recién mencionadas – y que por ineficientes resultan prácticamente inaplicables - no existe ninguna otra normatividad que lo proteja o establezca presupuestos específicos en este caso. No obstante como a través de esta tesis se ha argumentado, el tratamiento del consumidor debe ser especial, por la situación de inferioridad en la que se encuentra en la relación de consumo.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1.- El estatuto del consumidor que actualmente rige en Colombia fue diseñado y expedido en un momento jurídico y económico diferente al actual.

Así, por una parte, fue proferido en una época anterior a la expedición de la Carta Política de 1991, que entre otras cosas dio un rango constitucional a ese derecho. Vale anotar que esa consagración no ha sido desarrollada ni legislativa, ni jurisprudencialmente. Lo anterior conlleva a que el estatuto además de descontextualizado jurídicamente resulte, en no pocas oportunidades, claramente contradictorio con el texto constitucional. P.ej, en cuanto al derecho a la información. Se puede decir que la interpretación sistemática no es suficiente a la hora de afrontar aquellas incompatibilidades.

Por otro lado, el estatuto vigente no previó y no podía prever fenómenos como la Globalización, la transnacionalización de mercados y apertura de fronteras. Tampoco fenómenos como el comercio electrónico, ni formas indirectas de contratación. Por lo tanto es necesaria una actualización del Estatuto que, además de reconocer esas figuras, modernice la concepción de la transferencia y mercado de bienes y servicios.

2.- En concordancia con lo anterior, es imperioso mencionar que el actual estatuto no contempla situaciones jurídicas como las condiciones generales de contratación, los tipos específicos de contratos sobre determinados bienes o servicios, nuevas formas de contratación derivadas de los modernos medios de comunicación como los contratos *on line* y que tarde o temprano habrán de masificarse, como desde ahora podemos observarlo.

3.- Una conclusión que no por obvia deja de ser trascendental, desprendida de la anterior investigación es la necesaria consagración de los derechos específicos

que deben acompañar al consumidor, [pues el actual estatuto, ni siquiera los menciona]. Así como se ha propuesto en varios proyectos legislativos, derechos tales como “a la protección”, “a la reclamación directa”, “reparación”, “retractación”, “revocación”, “participación”, “asociación”, “a la información”, “a la garantía”, “a la consulta y a la calidad e idoneidad de bienes y servicios” entre otros. Considero que deberían encontrarse plasmados en un estatuto que posibilite su conocimiento al público - y posteriormente – su consecuente realización.

4.- Valdría la pena evaluar de manera detenida el hecho de si la punibilidad de ciertas conductas atentatorias del derecho del consumo debería ser eliminada, ser mantenida o ampliada. Pero luego de la presente investigación, el criterio que nos acompaña es que la prevención vaya aparejada a las sanciones de otro tipo, como administrativas, civiles o penales. Ahora bien, se considera atinado el criterio según el cual, las conductas que deberían estar sujetas en una *ultima ratio* a la punibilidad, son aquellas que pueden ser cometidas por distribuidores, expendedores vendedores y productores.

5.- El actual estatuto tiene un grave defecto constituido por el hecho de que no incorpora un verdadero medio de indemnización de perjuicios derivados de los defectos inherentes a los bienes, servicios y/o a los vicios de las declaraciones de voluntad atinentes al derecho del consumo y presentes en el mercado moderno.

Es evidente que la remisión a la normatividad ordinaria crea un considerable obstáculo para el acceso a la justicia del perjudicado, pues los costos de transacción de un proceso judicial o lo prolongado de su duración constituyen barreras que impiden el recurrir a la jurisdicción.

6.- Lo propio acontece con respecto a las obligaciones que debería preceptuar - una normatividad sobre consumo, de manera específica - para productores, comercializadores y distribuidores, pues las remisiones que a la ley civil y

comercial se hacen se quedan cortas, en cuanto a los otros deberes de cuidado y de prevención a que se refieren los pactos internacionales y comunitarios del derecho del consumo y a que se hizo referencia en la presente exposición.

7.- Ahora bien, obviada la legislación civil general, se considera necesario que el régimen de responsabilidad específico por “productos defectuosos”, “ausencia de calidad” y “por vicios ocultos o aparentes”, sea minuciosamente determinado por la innovación legislativa propuesta; en el sentido de que los presupuestos para la prosperidad de cualquier acción de este tipo, sea claramente consagrado e incorpore – en la medida de las posibilidades – un régimen probatorio menos gravoso para el consumidor. Los indicios, presunciones e inversiones de la carga, pueden ser mecanismos muy versátiles.

8.- El concepto jurídico de la garantía sobre bienes y servicios que son materia del derecho del consumo, debería – por sobre todo – ser aclarado legislativamente. Las normas contenidas en el actual Decreto 3466 de 1982, sobre garantías (artículos 11 a 13 del Estatuto; “garantía mínima presunta” y otras garantías diversas a aquella) resultan a todas luces insuficientes. Sobre todo, si no se olvida que el mercado actual se constituye por multiplicidad de bienes que pueden periódicamente ser actualizados o mejorados. Más allá de lo anterior, el derecho a la garantía requiere un pleno entendimiento por parte del consumidor.

Se considera que superada la instancia de la aclaración del concepto, las garantías deberían ser ampliadas y efectivizadas a instancias del legislador. Ahora bien, lo anterior conlleva la necesidad de determinar no solamente los presupuestos legales para la operancia de las garantías y los efectos legales para su materialización; o, los efectos de su ausencia en caso de obligatoriedad para el productor o distribuidor.

9.- Los estudiados medios alternativos de resolución de conflictos, a los que además se hizo referencia a lo largo de este trabajo, deberían –

incondicionalmente – ser no solo incorporados por la innovación legislativa aquí propuesta, sino que tendrían que ser materia de un cuidadoso estudio que provocara - a mediano plazo - su efectividad. Acciones como la tutela y las acciones populares, pueden ser ejemplo para la incorporación de la celeridad en ciertos tipos populares de justicia.

A su turno las competencias y procedimientos necesitan una reforma que dinamice su funcionamiento, para hacerlo mucho más accesible, sencillo y general. La atribución sucesiva y contradictoria de competencias a diferentes entes ha demostrado no solo ser insuficiente, sino contraproducente. Al respecto, tanto la jurisdicción como los organismos administrativos existentes - o por crear -, deberían brindar un apoyo más decisivo al consumidor que se encuentra desinformado e indefenso.

10.- Ahora bien, en ese orden de ideas, como se sugirió en diferentes apartes del texto, valdría la pena considerar la posibilidad de crear un ente determinado que se dedicara única y exclusivamente a la materia específica del consumo. Como se ha visto, la multiplicidad de tareas que han sido adjudicadas a la *Superintendencia de Industria y Comercio* han conducido a su eventual inoperancia.

11.- No obstante, además de la creación de un ente específico, podrían de manera eventual delegarse funciones a las autoridades locales, en cuanto al ejercicio de procedimientos de control sobre bienes y servicios que puedan ser objeto de protección a través del derecho del consumo. Los procedimientos policivos y de inspección tienen que poco a poco ser un mecanismo que cobre protagonismo en cuanto a la materialización genérica de la defensa del derecho del consumo.

12.- Descendiendo a una especificidad necesaria, y no obstante el desarrollo jurisprudencial que se ha dado en Colombia y en el derecho comparado en

materia de responsabilidad del constructor de inmuebles, vale resaltar que una novedad que ha sido explorada en varios estudios legislativos sobre el tema del consumo, es la de la creación de un régimen de responsabilidad específico que sea mucho más proclive a resguardar los intereses del consumidor de esos mismos bienes.

13.- La promoción de la educación sobre el consumo juega definitivamente un rol trascendental a la hora de pensar en una nueva legislación sobre el tema, máxime cuando la desinformación es - como se avizoró desde el anteproyecto de este estudio – una barrera para el verdadero acceso a la justicia de los consumidores afectados por productos, bienes, servicios y negocios jurídicos defectuosos. La referencia a este tema en el actual estatuto brilla por su ausencia.

14.- Por último, el derecho de asociación de los consumidores – echado de menos a lo largo de toda la legislación nacional – debería ser promovido desde escenarios institucionales. Instrumentos para lograr ese objetivo democrático, son entre otros, la popularización de los mecanismos y efectos legales de las nuevas regulaciones propuestas. Los colegios de abogados, algunas autoridades a nivel municipal o local, la Procuraduría General de la Nación y la defensoría del pueblo, entre otros, podrían jugar un rol protagónico a este respecto.

BIBLIOGRAFIA

- Constitución Política de Colombia
- Código Civil
- Código de Comercio
- Código Civil alemán
- Decreto 3466 de 1982
- Arcelia Quintano Adriano, Los derechos fundamentales y el Estado. Protección al consumidor. Ciudad de México D.F. En <http://www.bibliojurídica.org//>
- Balze Felipe, El destino del MERCOSUR: Entre la Unión Aduanera y la Integración Imperfecta, 27 de Junio de 2.000, en <http://www.aba-argentina.com//>
- Battaller Francisco y Joseph Jordán, 2004, en <http://www.realinstitutoelcano.org//>
- Benitez Beatriz Elsa, Contratos de servicios públicos domiciliarios: Cláusulas abusivas, en Política y Derecho del Consumo, Navegante Editores, Julio de 1998.
- Betti Emilio, Teoría General del Negocio Jurídico, Editorial Comares, 2.000
- Bröcker Marion (Colisiones en el Derecho Europeo para la protección del consumidor) Verbraucherschutz im europäischen Kollisionsrecht (European university studies. Series II, Law), Ed. p. Lang, 1998
- Brox, Walker Derecho general de obligaciones, 31a edición, ediciones C.H. Beck
- Bustamante Pérez Laura, Derechos del Consumidor, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2002
- Cristos Velasco San Martín, Consumidores en ambientes virtuales, Noviembre de 2003, en [http:// www. oecd. org/](http://www.oecd.org/)
- Directrices de la OCDE para la protección de los consumidores de prácticas comerciales transfronterizas fraudulentas y engañosas, 11 de Junio de 2003, en [http:// www.oecd.org//](http://www.oecd.org//)

- Escobar Sanin, Gabriel: Negocios civiles y comerciales II Teoría general de los contratos, Santafé de Bogotá, Librería jurídica Díke, 1994.
- Farina Juan M, Contratos comerciales modernos, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1999
- García Azucena, Seguridad Activa y Pasiva de un vehículo, exigencias a los fabricantes, Marzo 2006, en [http:// www.consumer.es/](http://www.consumer.es/)
- Gaviria Trujillo Cesar, La revolución Pacífica. Modernización y apertura de la economía, vol I, Bogotá, Presidencia de la República, Departamento Nacional de Planeación, 1991
- Gruyter Walter, (Derecho de sociedades y protección del consumidor. Derecho de retractación y participación de capital). Gesellschaftsrecht Und Verbraucherschutz Zum Widerruf Von Fondsbeteiligungen, Ephus Verlag, 2005
- Horst Ehmann, La Reforma del BGB, Modernización del Derecho Alemán de Obligaciones, Universidad Externado de Colombia, 2006. Pág. 21
- Larrondo Feo Francisco, Las Políticas de Protección de los Consumidores, Universidad Autonoma de Madrid, 2.000 en [http:// www.unam.es/](http://www.unam.es/)
- Larroumet Christian , La protección de los Consumidores contra las cláusulas abusivas estipuladas en los contratos en Derecho Comunitario Europeo y en Derecho Francés, en Política y Derecho del Consumo, Navegante Editores, Julio de 1998.
- Mesa Naranjo Vladimiro, Teoría Constitucional e Instituciones Políticas, Bogotá, Editorial Temis, 2003.
- Najar Ibáñez Jorge Enrique, Los Derechos de los Consumidores y usuarios, en Política y Derecho del Consumo, Navegante Editores, Julio de 1998.
- Ospina Fernández, Guillermo, Teoría General de los Contratos, Bogotá, Editorial Temis, 1980
- Parra Lucan , María de los Ángeles, Daños por Productos y Protección al Consumidor, Barcelona, José María Bosch editor S.A.

- Paucar Arrubla Jaime, Conferencia “Problemática de la protección del consumidor”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 27 de Noviembre de 1998
- Quijano Parra Jairo, Mecanismos judiciales de protección al consumidor, en Política y Derecho del Consumo, Navegante Editores, Julio de 1998.
- Rivero Sanchez, Juan Marcos, ¿Quo Vadis. Derecho del Consumidor? Dike, Medellín, 1997
- Sánchez Cordero Dávila, Jorge, La Protección del Consumidor, México, UNAM, Nueva Imagen, 1981
- Stiglitz, Gabriel, Protección Jurídica al consumidor, 2da Edición, Buenos Aires, De palma, 1990.
- Suescún Melo Jorge, Derecho Privado, Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo, Legis, Bogotá, 2003
- Ravassa Gerardo José, Derecho Internacional Mercantil Internacional, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2004.
- Rengifo García Ernesto, Del Abuso del Derecho al abuso de la Posición Dominante, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004
- Revista electronica // www.consumersunion.org/
- Rodríguez Parra Carmen, El Nuevo Derecho Internacional de los Contratos, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- Rodríguez Nuria, El Comercio Electrónico marco jurídico en la Unión Europea, Lisboa, 2005, en [http:// www. cec.consumo-in.es/](http://www.cec.consumo-in.es/)
- Schmidt-Tedd Bernhard (Vendedores y protección del consumidor en la comunidad europea, delimitación de los criterios personales en el derecho privado) Kaufmann und Verbraucherschutz in der EG: Zum persönlichen Abgrenzungskriterium im Bürgerlichen Recht (European university studies. Series II, Law), Ed. p.lang, 1987
- Vallejo Maria Cristina y Paola de los Ríos Gutiérrez, Fraude al Consumidor, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1999.
- Van Meenen Ignace, (Una investigación de la colisión entre el derecho contractual y de responsabilidad. Protección contra la afectación al derecho

a la elección) Eine Untersuchung des vertrags- und deliktskollisionsrechtlichen Schutzes gegen verbraucherfeindliche Rechtswahlvereinbarungen university studies. Series II, Law ed. P lang. 1995

- Velilla Marco, La evolución de la Teoría General del Contrato y el Derecho del Consumidor, Navegante Editores, Julio de 1998.
- Zuluaga Giraldo Marco Aurelio, Hacia una Política y un Derecho del Consumo en Colombia, en Política y Derecho del Consumo, Navegante Editores, Julio de 1998.