



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

*Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"*

MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO DERECHO ECONÓMICO: INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA Y DERECHO DEL CONSUMIDOR



MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

2019

CONTENIDO

CONVENCIONES.....	6
ABREVIATURAS	7
JUSTIFICACIÓN.....	8
SINOPSIS DEL AUTOR	10
OBJETIVOS.....	12
UNIDAD 1	13
EL CONTEXTO GENERAL DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA.....	14
1.1. ELEMENTOS DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA.....	16
1.1.1 La relación derecho-política y economía: el nacimiento del derecho económico.....	16
1.1.2. La constitución económica.....	20
1.1.3. La nueva intervención económica del estado: una transformación total.....	24
1.2. LAS RELACIONES DEL CONSUMIDOR Y LOS OTROS ACTORES DE LA ECONOMÍA DE MERCADO	26
1.2.1. El dialogo entre el derecho de la propiedad intelectual y el derecho del consumidor.....	30
1.2.2. El dialogo entre los derechos del consumidor y la competencia.....	34
1.2.2.1. Puntos comunes.....	36
1.2.2.2. Puntos de diferencia	37
1.3. RELACIÓN DERECHO DEL CONSUMIDOR Y MEDIO AMBIENTE	41
BIBLIOGRAFÍA.....	45
UNIDAD 2.....	47
LOS ANTECEDENTES DE LA LEY 1480 DE 2011 Y EL NUEVO CONCEPTO JURÍDICO DE LA RELACIÓN DE CONSUMO	48
2.1. LA NOCIÓN DE CONSUMIDOR - USUARIO	53
2.1.1. La influencia del derecho de la competencia y el derecho del usuario-consumidor.....	56
2.2.2. La noción de la relación de consumo.....	58
2.2. LA PREPARACIÓN DE LA RELACIÓN DE CONSUMO	60
2.2.1. La información que debe dar el profesional	60
2.3. LA INFORMACIÓN DEL CONSUMIDOR POR LOS SIGNOS DE IDENTIFICACIÓN	66
2.3.1. La apelación de origen.....	66
2.3.2. El <i>label</i> ecológico.....	67
2.3.3. La consagración de marcas comunitarias.....	67

2.4. LA LUCHA CONTRA CIERTOS PROCEDIMIENTOS DE INCITACIÓN AL CONSUMO.....	68
2.4.1. La reglamentación de la publicidad.....	68
2.4.2. El valor de los documentos publicitarios.....	69
2.5. EL MARCO JURÍDICO DE LA PUBLICIDAD	69
2.6. EL MARCO SEGÚN LA CALIDAD DEL DESTINATARIO	70
2.6.1. Protección de los menores.....	70
2.6.2. Respeto de la persona.....	71
2.7. EL MARCO EN RAZÓN DEL PRODUCTO.....	72
2.7.1. Productos peligrosos.....	72
2.7.2. Productos alimenticios.....	74
2.8. EL MARCO EN RAZÓN DEL SOPORTE PUBLICITARIO.....	75
2.8.1. La publicidad televisada	75
2.8.2. La publicidad por vía electrónica.....	75
2.9. EL MARCO DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA.....	76
2.10. LA PROHIBICIÓN DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA.....	77
2.11. LAS OFERTAS PROMOCIONALES.....	78
2.11.1. Las ofertas utilizando métodos desleales.....	79
2.11.2. Las ofertas utilizando métodos engañosos.....	79
2.12. LA FINANCIACIÓN DE LOS ACTOS DE CONSUMO	80
BIBLIOGRAFÍA	88
UNIDAD 3.....	90
LA IMPLEMENTACIÓN DE LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR – PARTE 1.....	91
3.1. LA TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES Y DE LOS CONTRATOS.....	92
3.1.1. La protección del consentimiento.....	96
3.1.2. La exigencia del equilibrio contractual	99
3.1.3. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS	102
3.2. INTERPRETACIÓN Y EJECUCIÓN DEL ACTO DE CONSUMO Y DEL CONTRATO	114
3.2.1. La interpretación del contrato y el formalismo en el derecho del consumo.....	115
3.2.2. Las ventas no tradicionales o a distancia	125
BIBLIOGRAFÍA	129
UNIDAD 4	130
LA IMPLEMENTACIÓN DE LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR – PARTE 2	131

4.1. LA OBLIGACIÓN DE EXPEDICIÓN DEL BIEN O LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO.....	133
4.1.1. La extensión de la obligación de expedición	135
4.1.2. Las sanciones en caso de no respeto de la obligación de expedición.....	136
4.2. LA OBLIGACIÓN DE CONFORMIDAD	136
4.2.1. Aspecto preventivo de la conformidad.....	137
4.2.2. El aspecto curativo de la conformidad	143
4.2.3. Las obligaciones de conformidad según las condiciones contractuales: la obligación de garantía	147
4.3. LA OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD	157
4.3.1. La responsabilidad vinculada a la seguridad de los productos.....	158
4.3.2. Responsabilidad por daños por producto defectuoso.....	161
4.4. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS PROPIAS DEL DERECHO DEL CONSUMO Y DE SU JURISPRUDENCIA EN FAVOR DEL CONSUMIDOR	171
4.4.1. La flexibilización de ciertos principios.....	171
4.2. NOVEDADES LEGALES Y JURISPRUDENCIALES DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR	172
BIBLIOGRAFÍA	176
UNIDAD 5.....	178
LAS DIFICULTADES JURÍDICAS DEL CONSUMIDOR.....	179
5.1. LA RESOLUCIÓN NO JUDICIAL DE LOS LITIGIOS DEL CONSUMIDOR	180
5.1.1. Medios alternativos de solución de conflictos.....	180
5.1.2. La vía administrativa de solución de conflictos.....	182
5.2. LA RESOLUCIÓN JUDICIAL DE LOS LITIGIOS DEL CONSUMIDOR	183
5.2.1. Las acciones individuales de protección a los consumidores.....	183
5.2.2. Procedimiento acciones individuales.....	189
· Competencia a prevención	189
· Competencia por razón de la cuantía.....	190
· Competencia territorial	190
· Competencia en primera y segunda instancia.....	190
5.2.2.6. Demanda.....	193
· Inadmisión y rechazo de la demanda.....	195
· Admisión de la demanda	195
· Notificación.....	195
· Contestación de la demanda	196
· Allanamiento a la demanda	197
· Excepciones previas y recurso contra el auto admisorio de la demanda.....	198

· De las excepciones de mérito.....	199
· Sentencia escrita	199
· La audiencia inicial.....	199
· La audiencia de instrucción y juzgamiento.....	202
· Sanciones en sentencia	203
· Sanciones por inobservancia a la sentencia.....	203
· Sanciones por incumplimiento a conciliaciones o transacciones realizadas en legal forma	204
· Aspectos que se deben tener en cuenta en los procesos verbales sumarios....	204
· Apelación	205
· Medidas cautelares	206
5.2.3. Las acciones en el interés colectivo de los consumidores	207
5.3. ASPECTOS PROCESALES Y PROBATORIOS DE LA RELACION DE CONSUMO.....	210
5.3.1. Carga dinámica de la prueba y prueba de oficio. Proceso verbal sumario.....	210
5.3.2. Medios de prueba y avances tecnológicos	212
BIBLIOGRAFÍA	216
ANEXO 1.....	219
EXTRACTOS JURISPRUDENCIALES DE DIFERENTES TIPOS DE CONSUMIDORES....	220

CONVENCIONES

O_g	<i>Objetivo general</i>
O_e	<i>Objetivos específicos</i>
A_p	<i>Actividades pedagógicas</i>
A_e	<i>Autoevaluación</i>
J	<i>Jurisprudencia</i>
B	<i>Bibliografía</i>

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
C.C.A	Código Contencioso Administrativo
C.G.P.	Código General del Proceso
C.N.	Constitución Nacional
C.P.	Constitución Política
CRC	Comisión de Regulación de Televisión
Exp.	Expediente
Pág. / Pags.	Página / Páginas
Rad.	Radicado

JUSTIFICACIÓN

El presente módulo de formación auto dirigida forma parte del Plan de Formación de la Rama Judicial 2019, aprobado por el Consejo Superior de la Judicatura mediante el Acuerdo No PCSJA19-11265 del 7 de mayo de 2019, y guarda coherencia con el Programa de Formación continua con Énfasis en la Oralidad, Subprograma de Formación en Derecho Civil, y de igual manera con el Subprograma de Formación en Derecho Contencioso Administrativo.

En el taller de identificación y diagnóstico, - se pudo evidenciar diferentes tendencias en cuanto a la manera de abordar el eje temático del derecho del mercado, y más en particular, del derecho del consumidor. Es más, resulta evidente, que en los casos en que la primera instancia se surte ante la Delegatura para Asuntos jurisdiccionales correspondiente a la Superintendencia de Industria y Comercio; la segunda instancia es objeto de la jurisdicción ordinaria tanto en este caso, como que el consumidor hubiera optado por el juez civil del circuito.

Lo anterior, trae en principio, la posibilidad de que existan observaciones antagónicas en aspectos trascendentales como son el equilibrio contractual y el consentimiento informado frente a la teoría de los vicios del consentimiento, por citar tan solo un ejemplo, habida cuenta que si bien poseía un Estatuto de Defensa del Consumidor desde los años ochenta, la jurisprudencia y la doctrina en materia de obligaciones y contratos, hizo abstracción de las realidades que este consagraba, y continuo aplicando las posiciones propias del estudio tradicional de estas materias, en el ejercicio judicial, por lo que se carece de suficientes elementos para instalar esta nueva visión.

Teniendo en cuenta que en este caso el módulo está dirigido al funcionario judicial que se ocupa de resolver litigios en materia de derecho del consumidor de manera específica, todo esto a la luz del derecho del mercado en general y de sus interdependencias; el módulo resulta importante en el proceso de formación puesto que le brinda al discente elementos de juicio necesarios para decidir en consonancia con la Constitución, la ley y la jurisprudencia en los casos referidos.

Al referirle la pluralidad del espectro normativo mixto al que se enfrenta y al indicarle cuáles son los principios y de modo general las disposiciones prevalentes que deben ser tenidas en cuenta para la resolución del caso que le convoca en su calidad de Juez, el Módulo le facilita una tarea que no hace parte puntualmente de su especialidad, pero que por mandato de la Constitución y de la Ley está obligado a resolver con suficiencia

Adicionalmente, al incluir decisiones administrativas y jurisprudencia vinculada a situaciones específicas el módulo enfrenta a discente a casos novedosos que tiene que debería atender bajo esta nueva óptica y en esa medida le prepara para resolver las situaciones con una óptica renovada y construida a partir de su formación de base.

La utilidad del módulo es evidente para el discente por la necesidad de tener un aparato judicial que pueda dar cuenta de las necesidades más sentidas de los ciudadanos. Un Estado social de derecho requiere instrumentos confiables para hacer respetar los derechos humanos para que aquellas acciones y comportamientos de los actores del

mercado, se vean humanizados y puedan ser objeto de un control jurisdiccional acorde con los preceptos superiores ya establecidos a partir de la Constitución de 1991 y desarrollados por la Ley 1480 de 2011.

La lectura del derecho del consumidor en nuestro medio es aún embrionaria. Las discusiones acerca de si el derecho económico es una nueva disciplina genérica y el derecho del consumidor una de sus especies, desde hace muchos años inquieta el mundo académico y judicial, porque en realidad trata de aportar soluciones a preocupaciones aun no resueltas de forma uniforme, lo que invita a preguntarse sobre la especificidad de estos datos interdisciplinarios reunidos.

La aproximación que este módulo proyectado para la Escuela Rodrigo Lara Bonilla realiza a la intervención del Estado, desde una perspectiva renovada que brinda el derecho económico, permite a los discentes, asomarse no solo a esta área que conjuga las relaciones entre lo jurídico y la ciencia económica, sino que también a una apertura interdisciplinaria que beneficia el ejercicio de su misión como juzgador. El derecho del consumidor constituye un desafío para el jurista clásico, habida cuenta que se ve obligado a incorporar a partir del conocimiento adquirido en su formación de base, es decir la distinción entre derecho público y privado; la tradicional teoría general de las obligaciones y contratos, todo ese movimiento de “administrativización”¹ del derecho privado, con consecuencias prácticas evidentes.

Tal como está concebido el módulo contribuye al propósito fundamental de la Escuela, cual es la mejora de la administración de justicia. Se entiende que la cualificación del juez en la protección de los derechos de los consumidores y la toma de decisiones que no transgredan el ordenamiento debe reflejarse en la forma en que se imparte justicia en materia de productos y servicios ordinarios y financieros, y la contratación en sectores como la salud, la vivienda, la educación, entre muchos otros que los participantes podrán profundizar, a partir de las herramientas que el módulo les ofrece. Las bondades que este módulo le genere al juez desde el punto de vista de su fortalecimiento teórico y práctico deben replicarse en su actividad y en su papel frente a la sociedad.

Por los propósitos que lo orientan, el módulo se acompasa con bases del enfoque pedagógico de la Escuela, este es el caso de la base denominada sociedad en la cual, el sujeto adquiere un rol transformador y, sin duda, el juez convocado a resolver los más apremiantes reclamos de los consumidores puede cumplir ese papel al convertirse en un garante responsable en la realización de ese derecho y en un sujeto respetuoso de los diversos intereses de la economía de mercado.

¹ Incorporación de principios y procedimientos propios del derecho administrativo a las relaciones jurídicas regidas por el derecho privado.

SINOPSIS DEL AUTOR

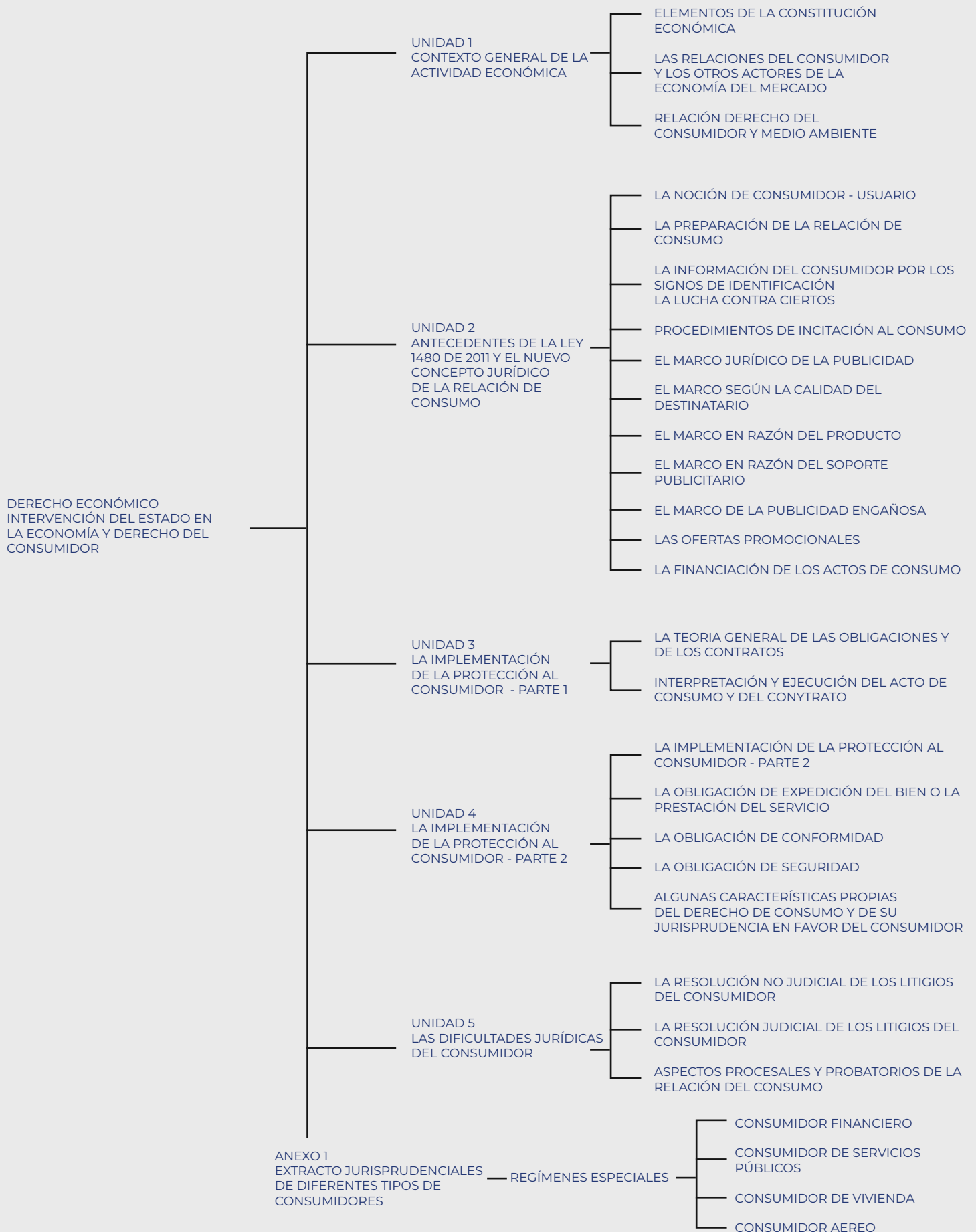
MARCO ANTONIO VELILLA MORENO, es abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana, con especialización de derecho civil-comercial de la misma institución, y maestrías en derecho civil (Universidad de París II) y derecho económico (Universidad de Orleans en Francia). Creó el primer departamento de derecho económico y de los negocios en la Universidad Externado de Colombia, y fue su primer director.

Ha sido profesor de postgrado en veintisiete (27) universidades colombianas, y dirige la colección de derecho económico y de los negocios dedicada entre otros temas a la propiedad intelectual y el derecho de la competencia, es miembro correspondiente de la Academia Colombiana de la Lengua y profesor invitado de varias universidades extranjeras.

Ha ejercido la profesión de abogado durante 38 años, en derecho económico, administrativo y privado. Fue Magistrado de la Sección Primera del Consejo de Estado entre el 7 de julio de 2007 y el 7 de julio de 2015.

Magistrado ponente de la histórica Sentencia que comenzó a dar vía legal a la recuperación del emblemático Río Bogotá. Ha sido un reconocido defensor del Medio Ambiente, con disertaciones sobre “El Papel del Juez en el Medio Ambiente” y “El daño Ambiental desde el punto de vista Fiscal”, con las cuales, fue invitado a hacer la conferencia inaugural de dos Congresos Mundiales de derecho Ambiental. Uno de ellos contó con la participación de las Cortes Supremas de Justicia y Consejo de Estado de 33 países, organizado por la Altas Jurisdicciones Administrativas, creada por el Consejo de Estado Francés, que presidió durante cuatro años, y que se encuentra conformada por 64 países de los cinco continentes.

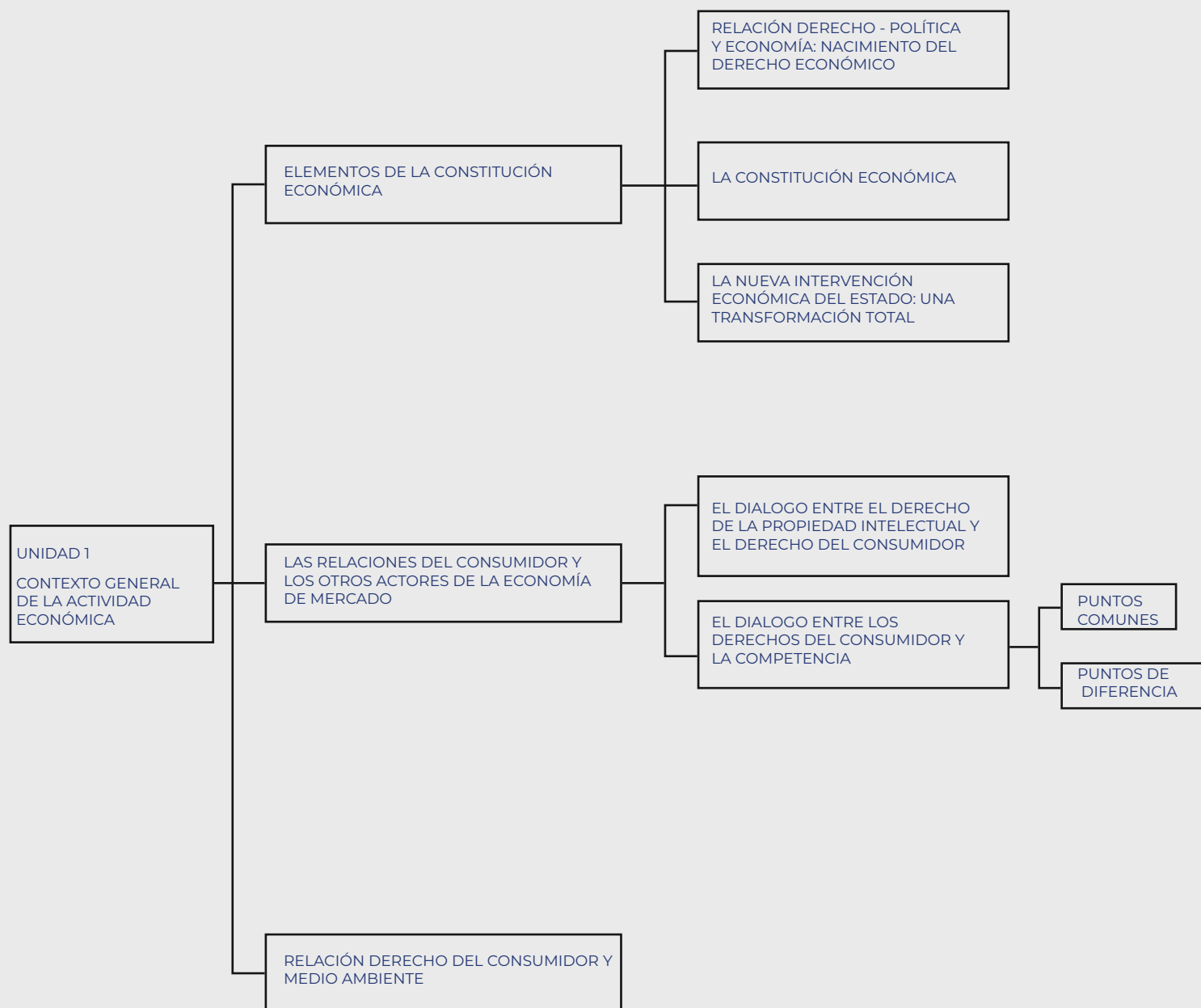
MAPA CONCEPTUAL GENERAL



OBJETIVO

<i>O_g</i>	<i>Objetivo general del módulo</i> 1. <i>Identificar las razones fundamentales que dieron origen a la intervención del Estado en favor de la protección de los consumidores y el alcance de la noción de consumidor y la fundamentación constitucional del necesario equilibrio entre los diferentes actores de la economía de mercado.</i>
<i>O_e</i>	<i>Objetivos específicos del módulo</i> 1. <i>Describir los debates de actualidad a nivel doctrinal y jurisprudencial que aportan a esta la protección de los ciudadanos, como consumidores o usuarios, frente a la relación de consumo y a los contratos especiales, que resultan muy sensibles para los mismos, para la construcción de soluciones en la práctica judicial mediante el ejercicio sistemático de aplicación de los precedentes sobre la materia;</i> 2. <i>Contribuir a un mejor conocimiento por parte de los operadores judiciales, de algunos aspectos sustanciales y procesales en general, en materia del derecho del consumidor a la teoría general de las obligaciones y de los contratos, para que los discentes cuenten con herramientas para el desarrollo de sus actividades;</i>

UNIDAD 1



EL CONTEXTO GENERAL DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA

Og	Objetivo general de la unidad <i>Examinar las articulaciones entre las áreas que para efectos pedagógicos contempla el derecho. Y sobre relaciones con aspectos técnicos, económicos, ambientales, que son connaturales al derecho del consumidor.</i> <i>Lo anterior para analizar la interdisciplinariedad que influye sobre el derecho del mercado y poder efectuar análisis más pertinentes desde el punto de vista de la puesta en práctica de las normas. Como la Ley 1480 de 2011 y los estatutos especiales que existen en materia de defensa de los consumidores y usuarios.</i>
Oe	Objetivo específico de la unidad <i>Describir la integralidad de la intervención del Estado en la economía a partir de la denominada constitución económica; y mediante la cual se protege la estructura del mercado.</i>

Desde el momento en que un poder político se funda sobre una base institucional, y de ese instante se dota de ramas del poder (legislativo, ejecutivo y judicial) donde se reparten competencias, equilibrios entre los órganos del poder público y relaciones entre estas, todo esto al servicio de una población más o menos homogénea, dentro de un marco geográfico limitado por fronteras, es que nace la noción de Estado. Los ciudadanos le reconocen en forma independiente de si su acento es liberal o intervencionista, el monopolio de ciertas fuerzas (la justicia y en forma principal las fuerzas armadas), y estos reconocen y aceptan esta organización como la única que puede resolver sus conflictos, en tanto que los otros países, le reconocen su existencia jurídica, dentro de la comunidad internacional,

La idea del estado es la de un poder superior y trascendente, que tiene la misión de ejercer entre las diferentes fuerzas colectivas un arbitraje que emana de la soberanía.; y que expresa a la colectividad en su unidad. Por otra ´ parte, si el poder político domina teóricamente las otras formas de autoridad, él debe por tanto contar con ellas, y no es más que su reflejo. La unidad del Estado es una ficción útil, pero al mismo tiempo, no es una ficción, sobre todo dentro de un régimen que fragmenta el poder para impedir los abusos que reparte autoridad entre una pléyade de órganos más o menos independientes los unos de los otros. El Estado es como señala Jacques Donnedieu², “*el lugar geométrico de la unidad ideal de todos estos puntos de arbitraje. El Estado es una especie de operación del espíritu, pero también al mismo tiempo de orientación de la acción*”.

2 DONNEDIEU, Jacques.

Desde el punto de vista del derecho el Estado es una persona moral. Esta constatación expresa que el Estado es independiente de la suma entre los gobernantes y los gobernados, ya que los unos y los otros le están sometidos. El Estado crea el derecho y dispone de sus recursos presupuestales. Todos los órganos que funcionan en todos los países del mundo son establecidos en el Estado y para el Estado.

Han existido tradicionalmente dos clases de Estados, que se distinguen por el hecho de que los totalitarios absorben al individuo, es decir intervienen en cada acto de su existencia privada y pública. Por el contrario, en el estado liberal, se reconocen derechos a los individuos y un buen número de libertades públicas por lo que se respeta la vida privada. La mayor parte de los países participan de un sistema mixto, y no son ni capitalistas ni tampoco privilegian en el sentido marxista del término, una democracia donde el pueblo no gobierna sino una elite que lo hace en su lugar, y donde se privilegia lo económico con respecto a lo político.

El Estado a través de la historia, ha asegurado a los ciudadanos ciertas prestaciones que obedecían en gran parte a actividades que eran producto del ejercicio de su soberanía, y en funciones como la justicia, la policía, las relaciones exteriores, la defensa nacional, los servicios públicos, y la percepción de los impuestos. Este papel del Estado, con la aparición de nuevos desafíos contemporáneos, ha surtido un permanente proceso de mutación, y por esa razón, la forma de relación con los ciudadanos ha sido cambiante.

El papel del Estado ha oscilado en el tiempo, entre la aplicación de políticas económicas que permiten un gran lugar a la iniciativa privada, al partir de unas supuestas facultades autoregulatorias que se atribuyen en principio, a la economía de mercado; y en otras épocas, políticas de intervención consciente del Estado en ciertos sectores de la actividad económica, con el fin de restablecer los equilibrios necesarios en el sistema económico, cuando advierte que se están propiciando evidentes desigualdades sociales, al interior de este.

En efecto el sistema capitalista liberal consideraba que la política económica debía reducirse al respeto de las reglas de juego, y se consideraba que todo intervencionismo generaría efectos perversos, y más negativos que los males que se pretendían remediar. La corriente intervencionista, por el contrario, señalaba que el Estado debía agregar al modelo preexistente, una acción sobre la actividad económica, que se hacía necesaria en el sentido pleno del término. El Estado entonces, utilizaría mecanismos de regulación del sistema y procesos de ajuste económico, que pueden ser analizados desde la perspectiva de tipo microeconómico ensayando explicar las condiciones de equilibrio o las causas de aparición de los desequilibrios en los diferentes mercados; o una reflexión de carácter macroeconómico con miras a determinar el nivel global de actividad, tanto a corto termino (coyuntura) como a más largo termino (el crecimiento).

La actividad del Estado se efectúa con la finalidad de lograr la estabilidad económica la eliminación de grandes desigualdades sociales ante el objetivo fenómeno de la distribución de la riqueza; la consecución de una asignación eficiente de recursos, y finalmente, el desarrollo y crecimiento de la economía colombiana. En la economía de mercado, los desequilibrios se deben a factores que afectan la eficiencia económica, por ese motivo se habla de racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes; la equidad, cuando se señala que se busca la distribución equitativa de oportunidades y que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos; el desarrollo económico, y por eso se refiere a los beneficios del desarrollo, promueve la productividad, competitividad y evolución armónica de las regiones³.

1.1. ELEMENTOS DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

1.1.1 La relación derecho-política y economía: el nacimiento del derecho económico

Es importante señalar las interdependencias entre el derecho y la política, y la relación entre derecho y economía, que puede observarse en el mismo capítulo del libro sobre la Constitución Económica, mencionado en el párrafo anterior; son presupuestos necesarios para una lectura integral de constitución económica colombiana, ya que la economía de mercado no puede tampoco expresar, la totalidad de las preferencias de los individuos, y hay que integrar en aras de la convivencia pacífica, valores como la calidad, la belleza, la equidad y la solidaridad, que no son registrados con facilidad por los mecanismos del mercado, ni este último puede impedir tampoco que se produzcan bienes, moralmente dañinos, lo que en realidad corresponde la norma jurídica, y es por eso que se afirma, que el derecho va más allá de la economía, porque tiene valores propios que debe transmitirle.

Las relaciones entre la economía y el derecho constituyen un tema vasto en su extensión y en su historia. Los estudios sobre el derecho y los estudios sobre la economía se encontraron siempre vinculados entre sí de alguna manera, tanto en Europa como en Estados Unidos, hasta los años treinta. Después de la ruptura consumada en Estados Unidos a partir de esa década, las realidades políticas y económicas que siguieron a la terminación de la Segunda Guerra Mundial, y después de la guerra fría, plantearon la necesidad de que se recuperara una óptica interdisciplinaria para un mejor examen de la realidad.

Para el funcionamiento armonioso de cualquier sistema económico se requiere un cierto número de normas que aseguren los intercambios económicos, es decir, la adquisición y el uso de los factores de producción, sean estos, productos o servicios. Por otra parte, todo orden jurídico tiene repercusiones que enmarcan, rigen o normativizan el sistema económico de cada país. Fruto de la observación de esta influencia recíproca, se generó el estudio del derecho económico como tema específico de investigación y de enseñanza.

³ VELILLA MORENO, Marco Antonio, Reflexiones Sobre La Constitución Económica Colombiana, Bibliotheca Millennio, Colección Derecho Económico y de los Negocios, El Navegante Editores, Bogotá, 1997, pág. 1 de mayo de 1995.

Los actuales sistemas económico-políticos se encuentran a medio camino entre el derecho privado y el derecho público, razón por la cual la naturaleza del derecho económico no es rígida, y, es más, obedeciendo a esa naturaleza, siempre será oscilante como lo es el sistema económico. Lo anterior obedece a que, siendo la orientación de la política económica en gran medida coyuntural y fluctuante, la normatividad deberá responder en forma pendular a esos fenómenos de “publicización” o de “privatización” nacional, previamente establecidos por los poderes públicos. Cuando por ejemplo, se nacionalicen las empresas y se intensifique por parte del Estado la protección de ciertos derechos a ciertos grupos como los consumidores, la autonomía de la voluntad se verá reducida por la intervención administrativa del mismo; en tanto que cuando verbo y gracia, se privaticen las empresas públicas y el Estado estimule la libertad y la libre competencia económica, las técnicas privatistas terminarán de preferencia, flexibilizando o impregnando la normatividad del desarrollo económico escogido.

El derecho económico en su versión anglosajona de análisis económico del derecho, o de su versión continental: derecho económico y derecho de la economía, es una realidad jurídica que se presenta en todas las sociedades industrializadas contemporáneas, y en la mayor parte de aquellas que aspiran a serlo. El análisis económico del derecho es una tendencia que tiene su origen en Gran Bretaña y Estados Unidos, y que, a diferencia del derecho continental, no parte de categorías jurídicas predeterminadas, no le concede una gran importancia a la *summa divisio* entre el derecho público y el derecho privado. Ajeno al conceptualismo jurídico, el pragmatismo que caracteriza a estos sistemas jurídicos busca aplicar la teoría económica y los métodos econométricos para el examen de la formación, la estructura, los procesos e influencia de la ley y de las instituciones jurídicas. La doctrina del derecho continental, que fue inspirada en principio por los autores alemanes, pero luego se extendió a Italia, Francia y Bélgica; distingue a su vez dos posiciones: la de quienes sostienen que se trata de una disciplina nueva y autónoma, y la de aquellos que consideran que constituye ante todo una técnica de creación, de aplicación, de interpretación y de enseñanza de las normas de derecho.

La noción de derecho económico aparece hacia los años ochenta, y se origina en la preocupación por la asunción que hizo el Estado de observar, como un fenómeno integral la economía, y participar mediante medidas de intervención, activamente en esta. La doctrina del derecho continental distingue también entre derecho de la economía, noción esencialmente descriptiva y que se refiere al conjunto heterogéneo de normas que se aplican a la actividad económica, y la noción de derecho económico, noción más cualitativa y que insiste en cada caso, en un reencuentro interdisciplinario que transforma la misma norma de derecho.

Existe una candente discusión en torno a la definición del derecho económico, lo que, por supuesto atañe al derecho del consumidor, área específica del mismo. La reflexión del profesor Georges Vedel resulta bastante pertinente a este respecto. Se pregunta el, cómo admitir que una nueva rama del derecho se ha constituido o está en camino de constituirse. ¿Cómo distinguir lo que es propiamente una nueva disciplina; nueva y autónoma, o con vocación de autonomía, ¿de aquello que sería simplemente una manifestación dentro del seno de otra disciplina?

“La respuesta es tanto funcional como empírica. La autonomía aparece en principio, cuando la aplicación a una materia de principios generales o de métodos de razonamiento pertenecientes pura y simplemente a una disciplina existente, conduce a inexactitudes”⁴.

Acto seguido, ilustra su afirmación con el siguiente ejemplo del derecho francés. Señala: Si el derecho administrativo se considera autónomo frente al derecho civil, es porque razonar sobre un contrato administrativo con la ayuda del artículo 1134 del Código Civil (equivalente al 1602 del Código Civil Colombiano), o sobre un caso de responsabilidad extracontractual del Estado con la ayuda de los artículos 1382 y siguientes (equivalentes al 2341 y siguientes del Código Civil Colombiano), nos conduce a un resultado erróneo. Y agrega el connotado autor francés:

La autonomía aparece también, aunque de una manera más sutil, cuando la materia considerada, aunque aparentemente no pareciera más que colocar en marcha principios y métodos tomados de las ramas del derecho existentes, produce de hecho, una especie de combinación química con un carácter novedoso; así en la práctica la sal de cocina no sea nada diferente a cloruro de sodio, no resulta indiferente esparcir sobre nuestro “beefsteak”, una sal adquirida donde el tendero, o salpicarlo con sodio, después de haberlo perfumado con cloro⁵.

Este es el caso, del derecho del trabajo que históricamente se ha formado a partir de nociones bastante clásicas de derecho civil y de derecho administrativo. No se le podría negar por ejemplo su autonomía, que nace de la síntesis de sus orígenes y del hecho que los problemas para resolver exigen justamente esa hibridación a que hacemos referencia. A nuestro juicio el derecho del consumo, podríamos decir que tiene una vocación de autonomía.

Este punto de vista funcional puede verificarse empíricamente. Se ha dicho que la clasificación de las ramas del saber jurídico por su objeto puede conducir, según los casos, sea a una simple yuxtaposición de soluciones en la misma materia, sin que ella exija una verdadera autonomía, sea por otra parte, a la constitución de una disciplina verdaderamente nueva. El derecho farmacéutico, se ha dicho, no es más que la suma de resultados a los cuales se llega, cuando para resolver los diversos problemas que esta actividad puede plantear, se les aplica el derecho civil, el derecho comercial, el derecho administrativo, entre otros. Pero el derecho del trabajo es algo muy diferente a una suma de soluciones: es un conjunto de principios de solución, lo que es bien diferente.

El profesor Vedel señala refiriéndose al derecho económico:

“La alternativa es simple. El empleo del término derecho económico es legítimo, en cualquier caso. Pero él puede corresponder a dos situaciones diferentes: o bien a una agrupación pedagógica y práctica de diversas disciplinas dispersas, pero cuya puesta en marcha no se encuentra alterada por el hecho de que se apliquen a la economía; o bien un cuerpo de principios que, jugando de manera autónoma en uno u otro de los sentidos enunciados inicialmente, conducen a resultados que no son los mismos que los que se habrían obtenido con la aplicación de las disciplinas clásicas”⁶.

4 VEDEL, Georges. Le Droit économique existe-I-II?. Melanges Virgex Pierre, 1981, págs. 770-771.

5 Ibidem.

6 Ibidem.

En el presente caso, el derecho del consumidor podría corresponder al encuentro multidisciplinario ya descrito, aplicables al consumidor; o bien un cuerpo de principios que, jugando de manera autónoma en uno u otro de los sentidos enunciados inicialmente, conducen a resultados que no son los mismos que los que se habrían obtenido con la aplicación del derecho privado. Por esta razón de la misma manera como existió en su momento una *“comercialización del derecho civil”* a la que se refirió Ripert⁷; me permito insinuar que existe una *“administrativización del derecho comercial”* producto de la intervención del Estado en la autonomía de la voluntad tradicional; y el derecho del consumidor, sería un buen ejemplo.

Podría afirmarse que el derecho del consumo es aquel conjunto de actuaciones de diversas autoridades administrativas, que tratan de la ordenación de aquellas conductas que tengan relación con la actividad económica dirigida a poner en manos de un destinatario final un bien o servicio para la satisfacción de sus necesidades, así como del conjunto de situaciones jurídicas que se producen cuando se concreta esta actividad. La profunda transformación de los métodos de producción y de distribución contemporánea, condujo en la práctica a que, al celebrar los contratos por parte de los consumidores, estos tuvieran que aceptar o rechazar en bloque las condiciones del contrato, sin tener la posibilidad de discutirlos con quien se está contratando, como sucedía en el derecho tradicional.

En este orden de ideas, razonar sobre los contratos de consumo y sobre las nuevas realidades que aporta el desarrollo contemporáneo con los conceptos de la teoría tradicional de las obligaciones y contratos, elaborada para los contratos libremente negociados; distorsiona la realidad en que se encuentra el consumidor frente al profesional en materia de desigualdad frente al poderío económico, frente a la diversidad, complejidad y riesgos de ciertos productos; sometiéndolo a quedar a merced del profesional que tiene además la inmensa posibilidad de una gran seducción publicitaria y de superioridad técnica.

El derecho clásico de las obligaciones y contratos se desarrolló a partir de la idea de que el hombre es libre por esencia, y que en consecuencia la regla general, es que la decisión voluntaria e individual sea la fuente de derecho que crea los efectos del contrato. La realidad es que las relaciones negociales, han reflejado un desequilibrio creciente entre el profesional y el consumidor. El derecho del consumidor nace en cambio para buscar ese reequilibrio contractual entre el poder económico de los profesionales del comercio y la fragilidad del consumidor en el mercado, quien se ve expuesto a la diversidad contemporánea de los productos y de los servicios, así como a su gran complejidad, lo que dota a los profesionales de una superioridad de negociación y persuasión, que resulta evidente e indiscutible.

El derecho del consumidor tiene vinculaciones estrechas con el derecho de la competencia, de la propiedad industrial y en general del derecho económico. Por otra parte, se puede afirmar la pluridisciplinariedad del derecho del consumidor, por la existencia de disciplinas no jurídicas que, si bien no son propiamente parte, pero que son íntimamente vinculadas porque permiten aclarar las situaciones a las que se enfrenta el derecho del consumidor. Están disciplinas científicas como la química de alimentos, higiene, mecánica, metrología, entre otras; o ciencias humanas como la economía y la sociología del consumo, o la psicología económica.

El derecho económico y el derecho del consumidor se manifiestan en las ramas diversas, de las cuales toman, en cada caso, necesariamente una parte importante de su técnica propia. Ambos, no se limitan a una influencia recíproca, ya que, por su orientación particular, permiten siempre que se le distinga, pues aportan en cada caso a esa técnica anotada preexistente, una coloración, para no decir una remodelación o transformación específica. *“De esta manera puede seguirse su trazo dentro de cada disciplina, como se sigue en los océanos las ramificaciones de las grandes corrientes marinas”*. Estas técnicas jurídicas renovadas o innovadas que se colocan al servicio del desarrollo, están estrechamente emparentadas por su afectación: forman un cuerpo y el espíritu que orienta su aplicación, es uno y original.

La naturaleza de la fusión que materializa el derecho del consumidor (especie), el derecho económico (género en este caso), resulta evidente. El mismo derecho comercial, ha sufrido con el intervencionismo una metamorfosis apreciable, que se presenta con la aparición de un gran número de reglamentaciones de la actividad económica en cuanto a control de precios, leyes sobre prácticas restrictivas de la competencia y antimonopólicas o normas para la protección de los consumidores entre otras, que pertenecen al dominio del derecho económico y que constituyen actualmente la principal fuente jurídica que regula la operatividad de las empresas y de los negocios

De todas maneras, como decía con precisión el autor francés, Claude Champeaud *“la cualificación no es lo que importa, se trata más de una coloración, que de una naturaleza propiamente dicha”*⁸. En efecto, el derecho del consumidor no es ni publicista ni privatista, se ubica precisamente por fuera de las categorías tradicionales y es lo que justifica tanto el reconocimiento de su existencia. Es importante señalar la influencia recíproca que se da entre el derecho económico y el derecho del consumidor con el derecho constitucional.

1.1.2. La constitución económica

El tema de la constitución económica plantea la necesidad de asumir una postura ideológica en cuanto a la orientación del manejo del Estado, y hace necesario superar las limitaciones de un lenguaje propio a cada disciplina: la jurídica y la económica; advertir que es lo que representan en realidad, ciertos términos para el economista y para el jurista, cometido más difícil, que una eventual barrera idiomática. Aquí se encuentra la génesis del papel del Estado y del derecho, en la creación y en la interpretación de la norma económica. Es a partir de la superación de la confusión histórica entre política y economía, entre el interés individual y el colectivo herencia del socialismo-marxista, que se hace evidente la necesidad de acudir a consideraciones axiológicas y sociales, que puedan contribuir la lectura integral de nuestra carta política; así como para afianzar ese dialogo entre los diferentes actores de la ciencia social, sean estos juristas y economistas, que contribuyan a construir una nueva mentalidad profesional del derecho que sirva para que esta disciplina se constituya en un instrumento, y no en un obstáculo, para el desarrollo económico y la tranquilidad social.

El artículo 334 de la Carta Política se refiere a la dirección general de la economía por parte del Estado, y establece que intervendrá por “mandato de la ley” en toda la actividad económica; en tanto que el artículo 150 en su ordinal 21, establece que el Congreso fija los límites de las leyes de intervención económica. Esta facultad de intervenir, no solo le permite al Estado restringir la libertad de empresa y la iniciativa privada, sino corregir los desequilibrios propios de los mecanismos de precios.

⁸ CHAMPEAUD, Claude. Contribution Á La Définition Du Droit Économique. Documents Orleans Faculte de Droit. 1973, pág. 35.

La constitución económica colombiana aporta los pilares de la “economía de mercado”; consagra principios de diversos orígenes: liberales (la propiedad privada, la libertad económica representada en la libertad de empresa y la libre competencia); autoritario (la planeación económica y la protección especial a los trabajadores); y otras competencias económicas especializadas (banca Central, servicios públicos, entre otras). Además, señala el papel del Estado como mecanismo regulador, los límites y mecanismos de intervención del Estado en la actividad económica, según este reglamentando el mercado, orientando el mercado, participando como otro actor del mercado; o comportándose como consumidor del mercado.

En este orden de ideas, en el artículo 333 de la Carta Política se consagra la libertad económica, dentro de la economía de mercado, y la primera, a partir de la propiedad intelectual artículo 61 de la C.P), el derecho de la competencia y el derecho del consumidor (disciplinas que hacen parte a su vez del derecho económico que es el género), se basan en tres pilares fundamentales, a saber: el poder económico y la explotación de exclusividades; el abuso; y los desequilibrios; que serán armonizados y equilibrados, entre creadores, empresarios y consumidores.

De otra parte, aunque se habla de la erosión del derecho común de los contratos y las obligaciones a partir de la crisis de la autonomía de la voluntad como principio de origen liberal. El estudio de la constitución económica nos lleva a la conclusión de que existen más convergencias que divergencias con el derecho del mercado, especialmente en un mundo más interconectado e interdependiente, pero más exigente en materia de desafíos como la competencia empresarial a partir de la ciencia y la tecnología, lo que trae la posibilidad de que se coloquen en el mercado productos nocivos, defectuosos y peligrosos, que amenacen la vida y la integridad de los consumidores.

La constitución económica hace relativos los principios liberales, e introduce restricciones a los mismos, además de ciertos equilibrios en beneficio del interés general. La propiedad se encuentra limitada por el interés social, el medio ambiente, y el patrimonio cultural (artículo 58 de la C.P inciso 2º y 5º). La libertad económica (artículo 333 de la C.P) en sus acepciones de libertad de empresa y de libre competencia se encuentra restringida por licencias y permisos para ejercer determinadas actividades económicas de parte del Estado (artículo 335 de la C.P, pero también, mediante la vigilancia de las normas que protegen el mercado a través de las leyes sobre prácticas restrictivas de la competencia (Ley 1340 de 2009, reglamentada por los Decretos 2897 y 2896 de 2010) y competencia desleal (Ley 156 de 1996), así como que pretenden proteger al consumidor frente al poder económico y tecnológico de los empresarios; así como fortalecer su información sobre productos peligrosos, nocivos y defectuosos en la ley de protección del consumidor (Ley 1480 de 2011).

En cuanto a los principios que fueron de origen autoritario, la constitución económica los flexibiliza, por ejemplo, en materia de planeación económica (artículo 339 de la C.P) y de protección al trabajo (artículos 25, 53, 55 de la C.P), mientras que el artículo 56 de la C.P dice que el derecho de huelga solo está prohibido en los servicios públicos esenciales. La Constitución también trae competencias especializadas como las de la Banca Central (artículo 371 y 376 de la C.P) y los servicios públicos (artículos 365 a 369 de la C.P) El artículo 356 de la C.P trae el sistema general de participaciones de los departamentos y

municipios para financiar los servicios que están a cargo de la Nación, y el artículo 350 de la C.P., introduce la noción de gasto público social.⁹

Es importante hacer un breve recuento para efectos de esta presentación de la Ley 1480 de 2011 sobre Protección del consumidor, acerca de cómo ha sido la evolución del papel del Estado, teniendo como punto de partida conceptual el Estado liberal y la competencia perfecta; y la profunda metamorfosis, primero pasando por el Estado intervencionista; y luego observando profundas transformaciones porque le corresponde intervenir a sí mismo, cuando expide actos administrativos u otorga contratos, infringiendo la normatividad sobre competencia.

Lo anterior, porque todo esto, va a tener una profunda influencia desde el punto de vista del consumidor y el usuario de servicios públicos, y abre la vía a que las personas que son perjudicadas en esa calidad por infracciones a las prácticas restrictivas ejerzan acciones colectivas contra los infractores (carteles como los de los cuadernos, el papel higiénico, el arroz, el cemento, entre muchos otros)

En primer lugar, está por supuesto del Estado liberal de origen anglosajón que ve en el mercado la prolongación económica de la sociedad civil, y donde la prosperidad y la cohesión dependen directamente del libre juego de la oferta y la demanda, ya que los mecanismos del mercado permiten obtener ese óptimo y la satisfacción del interés general. Dentro de esta concepción del Estado, este es definido como una entidad abstracta y que expresa permanentemente la voluntad general del cuerpo político a través de la ley. Al estar por encima de la sociedad civil, debe sustraerse a los conflictos que se desprenden de sus diferentes componentes. El Estado es el único que puede lograr la unidad de una sociedad afectada por tensiones nacidas de los intereses particulares, como depositario del interés general, del orden y de la cohesión social. Existe pues, *“una distancia infinita entre el Estado y las demás personas”*¹⁰ como se lamentaba un autor francés J. Caillose, cuando se interrogaba en el año 2000, si el derecho administrativo francés había sido tomado cautivo por el derecho de la competencia. Al izarse en alto del poder normativo, el Estado no ve en el mercado más que *“un espacio menor entregado a los intrínquilos un poco degradantes de los intereses y comportamientos privados”*¹¹.

En segundo lugar, vendría la teoría económica del Estado intervencionista, donde se le impone entonces al Estado, el deber de establecer el orden y en virtud del interés general, y este debe utilizar el derecho de la competencia como instrumento de policía económica para regular el buen funcionamiento del mercado. En sus orígenes en Francia comenzó como la “rama cadete de una reglamentación de precios al servicio de la cual la competencia entre las empresas se ubicaba voluntariamente” Se precisa que la competencia no es un fin en sí, sino un medio para alcanzar objetivos sociales y económicos. El Estado debe intervenir si la competencia no puede obtenerlos o compromete su obtención, lo que se traduce de cierta manera en que no existe realmente una libre competencia, sino un sistema de competencia administrada, que se caracteriza por una tasa elevada de motivación, un control público reforzado y una reglamentación abundante.

9 VELILLA MORENO, Marco Antonio, Introducción al Derecho Económico y de los Negocios, Introducción a la Constitución Económica Colombiana, Ed. Planeta, pág. 113 y ss.)

10 CAILLOSE, J.

11 MOUSERON, J.J y SELINSKY, V. El nuevo Derecho Francés de la Competencia. Litec. 1987.

La etapa en que el Estado como autor que era de la competencia, estimaba que no estaba sometido a ella, y que solo él podía intervenir sobre el mercado, como en efecto lo hizo prolíficamente, está superada. En el siglo XIX se había marcado la separación entre el sector público y el mercado, lo que refleja la oposición entre la sociedad civil y el Estado. Entonces el derecho administrativo era el mundo del monopolio y el derecho privado el de la competencia como anotaba M. Bazex al referirse a la *“problemática general de la intervención de los operadores públicos en una economía de competencia”*¹². La libertad económica, impedía a las empresas públicas competir con las empresas privadas, así que podían producir bienes y servicios, pero no podían venderlos al público ni intervenir sobre los mercados, razón por la cual no les eran aplicables las normas de la competencia.

Más adelante la intervención de las personas públicas en la esfera económica toma una forma más sistemática e ideológica. No se trata tanto de competir con los actores privados sino de satisfacer las necesidades de interés general. La intervención del Estado se justifica por la carencia de un interés privado, y la existencia de un interés público local. La jurisprudencia administrativa protege a los operadores privados de la competencia de las personas del sector público, llegando incluso a pretender prohibirles de manera general que realicen actos de industria y comercio, de tal manera que el sector público no podía competir con el sector privado más que a título excepcional, y solo por una misión de servicio público.

Esta limitación pretoriana de las intervenciones económicas del Estado no permitiría continuar profundizando en el desarrollo de la denominada economía dirigista. Con la desaparición del principio de especialidad de los establecimientos públicos, la extensión de la noción de interés general, la diversificación de los servicios públicos y la descentralización del poder de intervención, se da entonces una verdadera confusión de actividades públicas y privadas que sustituye la distinción original entre servicio público y mercado concurrencial, y es así como se comienza a hablar de la aplicación de las normas del derecho de la competencia a los operadores públicos.

En la lectura de la constitución económica es posible establecer dos tendencias, que posteriormente resultaran complementarias y no antagónicas. La de aquellos que consideran que el derecho se encuentra al servicio de la economía, de tal manera que de lo que se trata, es de crear los mecanismos jurídicos para orientar la economía (economía intervencionista) que pretende sustituir los mercados, a los operadores, porque intentando dirigirla, entra en conflicto con la libertad individual. Y la segunda, que apunta a crear un derecho que nutra la economía, y que al encontrarse en manos del Estado, sea cercano a los hechos y respetuoso de la libertad de los operadores, y no pretenda abrogarse la construcción completa de la organización de la economía.

Se trata en este caso de optimizar y no de obligar y forzar los mecanismos, mediante una política que incluya lo económico, pero que no prescinda de todos los otros imperativos que hacen la vida armoniosa de los ciudadanos, la que no se reduce a la simple satisfacción de las necesidades materiales. Esta nueva óptica que amplía los valores que se tienen en cuenta para percibir la economía contemporánea, conducen a un cambio de perspectiva, en la aproximación jurídica de la economía, de la tecnología, y de varias disciplinas que contribuyen a una lectura interdisciplinaria de la constitución económica.

Desde el punto de vista de los operadores del mercado, la actividad económica tiene dos objetos: garantizar la existencia de las empresas, porque es una condición para el buen funcionamiento de la economía; y, de otra parte, proteger a los ciudadanos contra las empresas en competencia por la conquista de los mercados, que no es otra cosa que la conquista de la clientela y de los consumidores.

En la lógica anterior, el derecho de la competencia era, sino opuesto al derecho del consumidor, si observado de manera aislada y como un compartimento estanco. El Estado hacía de árbitro en cualquier conflicto, que tenía desde esta perspectiva, que presentarse de manera inevitable. Por el contrario, desde el punto de vista de una lógica de economía de mercado y de derecho económico, las empresas, los consumidores y los creadores participan igualmente del buen funcionamiento del mercado, donde los dos primeros son los operadores, en tanto que los creativos, a través de la propiedad intelectual, son los proveedores de nuevos y mejores productos. La desigualdad y la asimetría entre ellos, no debe ser obstáculo para que la economía de mercado tome en cuenta la interdependencia entre estos, y mediante el derecho del mercado (derecho económico), nuevos nexos aparezcan entre estos. Destaco el papel que pueden jugar los consumidores frente a la empresa en materia de ética o de medio ambiente, frente al consumo responsable, y el respeto del derecho al empleo digno, al no adquirir productos producidos donde no se respeten la legislación laboral, es el caso, de empresas que utilizan para la confección de los productos, menores de edad, o personas que no tienen acceso a su seguridad social. El castigo del consumidor a estas marcas condiciona la existencia misma de las empresas.

1.1.3. La nueva intervención económica del estado: una transformación total

En cerca de diez años, la aplicación del derecho de la competencia a los actos administrativos se ha constituido en uno de los aspectos esenciales del derecho público económico. El tema tiene como contexto la tradicional distinción histórica entre derecho privado y derecho público, e invita al jurista a interrogarse acerca de la coexistencia, muchas veces conflictual, de dos clases de jurisdicciones. Por otra parte, esta materia expresa un interés renovado por el estudio de las relaciones jurídicas entre el Estado y el mercado, así como del derecho administrativo y el derecho del mercado. Esta materia en Europa ha convocado para la discusión, a la policía económica (autoridades del mercado), el gobierno, los legisladores nacionales y comunitarios, y por supuesto a los Consejos de la Competencia, la Jurisdicción ordinaria, y las jurisdicciones contencioso-administrativas.

Al respecto, Claire Mongouachon¹³ de la Universidad de París, ha señalado que este fenómeno relativamente reciente de la sumisión del sector público al respeto de las normas de la competencia implica consecuencias considerables para la administración. De una parte, porque cuando las personas públicas desarrollen una actividad en un mercado específico, su comportamiento, como el de todo otro operador en ese mercado, es susceptible de ser controlado por la autoridad de la competencia. De otra parte, cuando esas personas actúan como autoridad pública a través de la expedición de actos administrativos, el juez administrativo es competente para hacer respetar el principio de libre competencia sobre el mercado. El derecho público de la competencia, que se encuentra en plena expansión, busca una conciliación entre las exigencias de preservación del proceso concurrencial, esencial para el mantenimiento de una economía de mercado y las necesidades imperiosas del interés general.

¹³ MONGOUACHON, Claire

¿Cuál es el Estado del arte en materia de la legitimidad de la intervención del Estado en la actualidad? En realidad, la legitimidad de la acción pública en el mercado siempre ha sido motivo de debate. Pero en los últimos años, existe una marcada tendencia a permitir el control jurídico sobre las intervenciones económicas de las personas públicas, sometiénolas a las exigencias del mercado, hasta el punto de que el derecho administrativo no ha podido ignorar más, el derecho de la competencia en la contratación pública y a las autoridades encargadas de hacerlo respetar. Esta transformación ha sido más evidente en el derecho comunitario europeo. Sin embargo, más adelante, veremos que ya estamos dando los primeros pasos.

La figura del Estado no ha podido contener la incursión del derecho de la competencia frente a las autoridades y operadores públicos en competencia, lo que ha propiciado el que se desarrollen técnicas jurídicas adaptadas a las actividades públicas que sean suficientemente eficaces para garantizar la operación de derechos de los operadores del mercado, que tocan los fundamentos mismos del derecho administrativo, y tendrán implicaciones muy concretas. Es por este motivo que la aplicación del derecho de la competencia a los actos administrativos está *“cargada de una dimensión política y teórica que se impone y de evoluciones históricas apremiantes”* como decía M.A.-Frison-Roche¹⁴, al comentar algunos presupuestos sobre “El peso de las ideas en la repartición de las competencias entre los jueces ordinarios y la jurisdicción contencioso-administrativa en materia de derecho de la competencia”.

En los últimos años, la noción de servicio público a la francesa ha sufrido una importante transformación, y es así como la aplicación del derecho de la competencia a los contratos estatales, y finalmente, a los actos administrativos parece ser el último paso que se ha dado en este sentido, lo que para algunos implica una verdadera necesidad de reescribir el derecho administrativo, con unas consecuencias que son inestimables. No se trata de una construcción fácil, sino por el contrario que se desarrolla en medio de la incertidumbre, que se enfrenta en forma permanente a obstáculos conceptuales provenientes de la historia, de la política y del derecho, ya que no se trata de un problema de simple técnica jurídica.

Con relación a esta jurisprudencia mediante la cual la Sección Primera del Consejo de Estado se pronuncia sobre la aplicación del derecho de la competencia a los actos administrativos y la contratación estatal, pueden consultarse tres providencias en la obra Introducción al Derecho Económico y de los Negocios¹⁵, para examinar la evolución y aplicación de estas nuevas formas de intervención del Estado en la economía. Relacionamos como ejemplos esta Aclaración de Voto de Adpostal, Sentencia del 18 de octubre de 2007. Ponente Rafael E. Osteau de Lafond (Planeta Nro. 2002-00309-01) José Gregorio Hernández contra Ministerio de Comunicaciones y Salvamento de Voto De Tercer Canal. Marco Antonio Velilla Moreno, María Elizabeth García y William Giraldo. Sentencia 14 de febrero de 2012. Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicado Nro. 11001-03-26-000-2010-0036-00 Expediente Nro. 38954, Jaime Omar Jaramillo Ayala contra la Comisión Nacional de Televisión.¹⁶

¹⁴ FRISON-ROCHE, M.A.

¹⁵ VELILLA MORENO, Marco Antonio. Introducción al Derecho Económico y de los Negocios. Aclaración de Voto de Adpostal. Editorial Gestión 2000. Pág. 439.

¹⁶ VELILLA MORENO, Marco Antonio. Introducción al Derecho Económico y de los Negocios. Salvamento de Voto de Tercer Canal. Editorial Gestión 2000. Pág. 461.

1.2. LAS RELACIONES DEL CONSUMIDOR Y LOS OTROS ACTORES DE LA ECONOMÍA DE MERCADO

La fuerza de estos nexos de interdependencia que las autopistas de la información digital han favorecido, puede tender a atenuar los conflictos entre consumidores y empresarios, y de estos con los titulares de la propiedad industrial y de los derechos de autor. No existe una definición precisa de la economía de mercado, pero si afirmamos que el derecho de mercado es el derecho de la economía de mercado; estamos reagrupando varios conceptos de derecho económico, como la propiedad intelectual, el derecho de la competencia y el derecho del consumidor. Es fácil constatar, que todos estos compartimentos, en que para efectos pedagógicos se divide el derecho, y que acabamos de citar, rigen una sola realidad: la actividad de los operadores del mercado; lo que nos permite afirmar que utilizar estas nociones, de una manera sistémica, pueden contribuir a mejorar nuestra comprensión y darle más coherencia.

El derecho del mercado, no es otra cosa, que el derecho de la economía del mercado, que es allí donde se instituye un orden público económico, destinado a permitir el mejor funcionamiento de sus mecanismos reguladores, de tal manera que estos tiendan a la satisfacción de los ciudadanos.¹⁷ En otras palabras, y como lo sostienen sus precursores, el derecho del mercado supone en principio un sistema jurídico que pueda enmarcar un sistema de economía de mercado, en el sentido liberal del término, es decir un sistema que estimule el encuentro entre la oferta y la demanda en condiciones de colocación óptima de las riquezas, sin demasiadas restricciones e intentando prevenir e incluso sancionar los atentados contra dicha lógica.

La economía de mercado es una forma de organización que da al mercado un papel preponderante en la regulación de las relaciones económicas. *“La economía de mercado está hecha de intercambios y de circulación de riquezas con miras a su consumo final”*¹⁸. La economía de mercado reposa sobre el principio de la libre competencia e implica como principios la propiedad privada, la libertad contractual y el respeto de los contratos¹⁹ y en particular, en beneficio del consumidor tendrá que ser eficaz buscando el progreso económico, el progreso técnico, la innovación, además considerando la producción de bienes y servicios, pero también su consumo, lo que, de hecho, incluye la función de distribución, por lo que algunos hemos adoptado la noción de derecho de la distribución.²⁰

El derecho del mercado comprende entonces, el conjunto de normas aplicables a los operadores que hacen parte del mercado, es decir las empresas (con sus activos tangibles e intangibles-propiedad industrial), así como a los consumidores, teniendo en cuenta sus intereses. Ahora bien, el derecho del mercado hace complementarias oposiciones tradicionales, es decir el derecho de la competencia que se opone en apariencia al interés del consumidor; el derecho de la competencia al derecho de la propiedad industrial; y el derecho de la propiedad industrial al derecho del consumidor, todo esto a partir de una lógica nueva, característica de la economía de mercado.

¹⁷ DE LEYSSAC, Cl. Lucas et PARLEANI, Gilbert. Droit du Marche, op. Cit. 27.

¹⁸ BEAUCHARD, Jean, Droit de la distribution et de la consommation, Themis. Droit Prive, pág. 48.

¹⁹ GUIVAL, M., in Rep. Com. Dalloz, Voir Commerce et industrie, nro 51.

²⁰ VELILLA MORENO, Marco Antonio. Derecho de la Distribución Comercial, Bibliotheca Millennio, Colección Derecho Económico y de los Negocios, El Navegante Editores, Bogotá, 1 de mayo de 1995.

El derecho del mercado tiene algunos críticos. Para algunos un carácter artificial y fluctuante que no asegura una estricta previsibilidad al titular de los derechos en cada contexto jurídico, ya que al existir una ambigüedad por la referencia que se hace a la economía, esto puede constituir un factor aparente de realismo, pero una fuente de inseguridad jurídica real. Por otra parte, existen por otra parte nociones como las de mercado pertinente, teoría de las infraestructuras esenciales, los reglamentos de excepción, líneas directrices y reglas de razón, que causan verdadero escozor en los juristas tradicionales.

El termino derecho económico proviene de la doctrina alemana que a su vez distingue entre constitución económica y derecho administrativo de la economía. La constitución económica precisa las concepciones fundamentales del Estado en lo referente a la propiedad privada, la libertad contractual, la libertad económica en sus modalidades de libertad de empresa y libre competencia, así como la naturaleza y grado de la intervención de los poderes públicos dentro de la economía, el grado de participación que se permite en el mercado por iniciativa personal de los actores, y la protección jurídica de esa iniciativa, lo que nos conduce en forma necesaria, a la denominada economía de mercado.²¹

La Teoría General de los Contratos ha conocido una gran evolución conceptual, que parte de la influencia en nuestro código civil del principio de la autonomía de la voluntad, fundamentado en el análisis filosófico individualista de los derechos subjetivos bajo la doctrina económica liberal, para posteriormente, y atendiendo a la diversidad contemporánea de los productos y de los servicios, así como a la complejidad técnica que brinda a los profesionales de la producción o del comercio, en forma general, una superioridad técnica considerable en las relaciones contractuales, buscar restablecer en favor de los consumidores las relaciones contractuales de igualdad.

Existe una concepción amplia y una restringida de la noción de consumidor. Según la primera acepción el consumidor será toda persona que contrata con el fin de consumir, es decir de utilizar un bien o servicio. En este caso se considerará como consumidor no solamente el que compra un vehículo para su uso personal, sino que lo adquiere para su uso profesional. Según esta concepción en los dos casos hay consumo, y solo estaría excluida la situación en que se compra para revender y no para consumir

Para la acepción restringida consumidor es el que contrata con el fin de consumir para satisfacer necesidades personales y familiares: serán entonces excluidos los que contratan con un fin profesional, bien sea para las necesidades de su profesión o de su empresa. El Consejo de Europa ha definido al consumidor como “un particular, que, para sus necesidades personales, resulta parte en un contrato relativo al suministro de bienes y servicios”.

Una inquietud se presentó por un fallo de la Cámara Civil de la Corte de Casación Francesa en relación a si un profesional del comercio podría resultar consumidor. Recapitulando, es necesario anotar que clásicamente la noción de consumidor se reducía al que obraba por necesidades privadas por oposición al que obraba por necesidades profesionales. La Corte estudió el caso de una sociedad que se dedicaba a la actividad inmobiliaria y que adquirió un sistema de alarma que no funcionó correctamente ya que causaba falsas alarmas, razón por la cual su representante decidió con fundamento en las normas sobre consumidores solicitar la rescisión del contrato.

²¹ BETANCUR, Belisario, *La Constitución Económica de Colombia*, Bibliotheca Millennium, Colección Derecho Económico y de los Negocios, El Navegante editores, 1997, pág. 31.

La Corte decidió contrariar la opinión de quienes creían que sólo era consumidor o no profesional quien obraba para la satisfacción de las necesidades privadas y familiares, y decidió consagrar como consumidor o más que todo como no profesional, toda persona que, al momento de celebrar un contrato, se encuentre en situación de ignorancia, y por lo tanto de inferioridad con relación al profesional con el cual la trata. Para algunos con ésta sentencia el derecho del consumo o el consumerismo jurídico, se consagraría como una esfera mayor del derecho privado que invadiría todo el derecho de los contratos, ya que todas las personas jurídicas, todas las personas morales, o las personas físicas podría llegar poco a poco a ser protegidas-

Esta decisión desató cierta polémica, ya que se criticaba que las soluciones podían ser distintas si el mismo agente inmobiliario hubiera comprado dos alarmas el mismo día de iguales características y con los mismos defectos. ¿Se preguntaban si uno de los contratos podría haber sido resuelto sin indemnización, sin que el otro lo fuera, por quien había efectuado la instalación en consideración a la persona del contratante que ha firmado los dos contratos? Y se agregaba ¿Qué tal si las dos instalaciones se hacían dentro del objeto de un mismo contrato?

En realidad, según esta decisión, cuando un profesional obra contractualmente dentro del marco habitual de su actividad, no puede reivindicar la calidad de consumidor. Por el contrario, los contratos celebrados excepcionalmente y por fuera de su objeto social, podrían ubicar al profesional adquirente como consumidor para una eventual reclamación.

Observábamos en forma anterior, la profunda transformación de la teoría general de las obligaciones, por la necesidad de proteger al consumidor, a lo cual dedicaremos la totalidad de las líneas siguientes. No sobra señalar que la razón de ser del derecho del consumidor, derecho con vocación de autonomía como explicamos en el capítulo primero, y que participa de la naturaleza del derecho económico, lo que obedece a la necesidad de enfrentar grandes transformaciones que ha tenido la producción, la comercialización y la distribución. El derecho del consumidor nos conduce a lo que algunos denominan el dialogo de normas. Aunque el equilibrio contractual ha sido una preocupación constante del derecho de los contratos, la profunda transformación en las condiciones de la producción y de la distribución, han generalizado la celebración de contratos en los cuales el consumidor tiene que aceptar o rechazar en bloque las condiciones del contrato, sin que tenga la posibilidad de discutirlos con quien ha preestablecido el contrato (contratos de adhesión), quien puede incluso llegar a abusar de su poder, fabricando el contrato a su medida, o incluyendo solo las cláusulas que le han sido más favorables. En determinadas actividades contractuales que utilizan contratos de adhesión, la vigilancia del Estado es más estricta como en el caso de los contratos de arrendamiento y de seguro, entre otros. Una gran cantidad de autores sostiene que el derecho del consumidor es ante todo “el derecho de los contratos de adhesión” celebrados por los consumidores.

El jurista ha sido preparado para la subsunción de normas, es decir para cada caso solo hay una norma aplicable. En el dialogo de las fuentes, hay que partir del pluralismo de las fuentes, y donde muchas veces es necesario aplicar la complementariedad de diferentes normas, para el objetivo de la protección de las fuentes. Existen una serie de microsistemas como los denomina Gonzalo Sozzo²², que están vinculados con el Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011). En el dialogo de fuentes hay una metodología que es la del dialogo de

22 SOZZO, Gonzalo

complementariedad, el dialogo de subsidiariedad y el dialogo de adaptación de otras disciplinas contempladas en normas que se relacionan con la protección y la dignidad del consumidor. El dialogo de fuentes es la realización de los mandatos constitucionales. Se habla mucho de la constitucionalización del derecho privado.

Los conceptos provenientes de otras normas diferentes al Estatuto del consumidor deben adaptarse al sistema previsto en la Ley 1480 de 2011, salvo que el concepto sea idéntico, al del microsistema de consumidor. Hay ideas que son generales (ordenamiento general) y se aplican en diferentes ordenamientos, por ejemplo, del dialogo de fuentes, el caso del abuso de la buena fe, que requiere que se tenga claro que se van a aplicar al derecho de los consumidores, y, por lo tanto, esa noción general de la buena fe, debe adoptarse, pero dentro de la lógica del sistema de protección al consumidor. Existen instituciones que están regulados en diferentes ordenamientos, y puede existir que las normas se superpongan, y que sean parecidas, pero no idénticas, porque puede existir una concurrencia de instituciones.

Un dialogo de reglas, se puede establecer según el campo de dialogo. Un primer dialogo, el más alejado, es entre otros microsistemas y el derecho del consumidor. (puede existir un niño, un anciano, o un enfermo consumidor) Puede existir un dialogo entre el microsistema de protección del medio ambiente y el microsistema de protección del consumidor). El principio es la acumulación de protecciones. No es que una protección excluya la idea. Hay que lograr la protección más completa posible (proteger el interés del consumidor que es el niño y el interés superior, que tiene el mismo niño) en el otro, es superponer el principio del desarrollo sustentable al de la protección del consumidor Hay que sumar protecciones.

Otro campo de dialogo es el de protección al derecho del consumidor (microsistémico) y del derecho civil que no son del derecho del consumidor, por ejemplo, en materia de daños el código civil unas reglas de responsabilidad por daño que este trae como regulación que no trae el derecho del consumidor; y existen reglas que trae el derecho del consumidor que no trae el derecho civil; se trata de otros temas, que no están en la legislación del consumidor. Existen reglas propias del derecho del consumidor para productos, y reglas generales que regulan el daño en el Código Civil. Otro dialogo es entre las normas codificadas del derecho del consumidor, y las normas microsistémicas no codificadas del derecho del consumidor. Por ejemplo, entre el Estatuto del Consumidor y las prácticas comerciales abusivas. Existen normas en el Estatuto y normas en la ley, lo que invita a un dialogo de fuentes. El gran principio del dialogo, es la respuesta más positiva para la protección del consumidor. La regresión seria que se aplicara una norma que ya tiene una nueva versión, cuando ha sido incluida en el código, o cuando el estatuto lo ha regulado mucho más compleja y más detallada. (el riesgo es que se aplique una norma, sin su nuevo contexto). El dialogo de fuentes conlleva una nueva cultura, y es la que trae el derecho del consumidor y el derecho económico.

El tema del dialogo de fuentes que se empieza a desarrollar primero en América Latina por los brasileros, viene a colación, porque el derecho del consumidor es un terreno abonado para este dialogo de fuentes, gracias a la interdependencia que tiene diferentes microsistemas, pero además por su naturaleza por excelencia interdisciplinaria.

1.2.1. El dialogo entre el derecho de la propiedad intelectual y el derecho del consumidor

La propiedad intelectual se ha considerado que comprende los conceptos de propiedad industrial y el de derecho de autor. Las leyes de propiedad intelectual obran como instrumentos para la apropiación del conocimiento, entendido en sentido amplio, como todo conocimiento científico o de contenido artístico.

El derecho de la propiedad industrial integra los signos distintivos (marcas, enseñas, nombre comercial, denominaciones de origen, indicaciones de proveniencia) y las nuevas creaciones (patentes de invención, modelos de utilidad y dibujos industriales, topografías y semi-conductores). Mientras que las creaciones industriales están cubiertas por derechos de exclusividad con el fin de recompensar a los titulares por su esfuerzo de creación y por sus inversiones, los signos distintivos son instrumentos de captación y de fidelización de la clientela. El derecho de autor comprende la creación de los artistas; y los derechos conexos: interpretación de las obras literarias, artísticas y musicales, la producción de fonogramas y videogramas, así como la teledifusión de programas de conformidad con la Convención de Roma.

El derecho de los obtentores vegetales comprende el otorgamiento de un certificado de obtentor a todos los géneros y especies vegetales cultivadas que impliquen el mejoramiento vegetal heredable de las plantas, en la medida que aquel cultivo y mejoramiento no se encuentren prohibidos por razones de salud humana, animal o vegetal.

Los derechos que pertenecen a una persona y que se denominan de propiedad industrial consisten en un monopolio de explotación, ya sea limitado en el tiempo, como ocurre en el caso de las patentes, los derechos de autor y sus derechos conexos, o por una duración potencialmente ilimitada, como sería en el evento de los registros que en forma indefinida pueden ser renovables de las marcas, nombres comerciales y demás signos distintivos; derechos estos, gracias a los cuales los comerciantes pueden atraer y retener una clientela.

Sin embargo, la propiedad intelectual –inclusive una patente– no confiere necesariamente un monopolio económico o poder de mercado a favor de su titular. Una patente es meramente un derecho de propiedad legalmente reconocido respecto del uso exclusivo de información técnica especificada al otorgarse la patente. Esta, permanece sujeta a competencia de parte de información que esté fuera de su marco y que sea un sustituto económico para el producto o proceso patentado. Por ejemplo, dos productos farmacéuticos patentados pueden ser sustitutos económicos respecto del mismo uso médico, y cualquier intento del titular de una patente de elevar el precio de su droga resultará en una sustitución a favor de la otra droga. En la medida en que una patente u otra forma de propiedad intelectual otorgan una ventaja competitiva a su propietario (en grado de otorgar un verdadero monopolio económico) sigue siendo comparable a otros casos de propiedad que proporcionan beneficios similares. Una planta productiva nueva, con la tecnología más moderna, puede dar a su titular una ventaja competitiva, en la forma de menores costos de producción, quizás durante un significativo período de tiempo. El titular de propiedad intelectual está plenamente autorizado a gozar de cualquier poder de mercado que la propiedad misma le confiere. En relación con los derechos de un titular de propiedad intelectual, de gozar el pleno valor de su propiedad,

que él ha creado, proporciona un incentivo al esfuerzo innovador requerido para crear propiedad intelectual. Los resultados de este esfuerzo innovador, a su vez, expanden el conocimiento y riqueza de la sociedad e incrementan la eficiencia productiva”.

El derecho de marcas y de la propiedad intelectual, establece un dialogo con el tema del consumidor. “La marca desempeña un importante papel en el mercado como vehículo que estimula la competencia empresarial y asegura la transparencia en las transacciones económicas” El bien jurídico tutelado es bifronte, ya que por una parte está el derecho de exclusiva del titular del derecho afectado, y por otro el interés colectivo de los consumidores a no ser engañados sobre la procedencia de los productos.

En efecto mientras el objeto específico del derecho de marcas consiste según el tribunal de Luxemburgo “especialmente en garantizar al titular del derecho exclusivo de utilizar la marca con ocasión de la primera comercialización de un producto y protegerlo así de los competidores que quieran abusar de la posición y de la reputación de la marca vendiendo productos indebidamente provistos en esta marca”; para el consumidor la marca sirve como signo informativo y de identificación que le permite la diferenciación de los productos o servicios tanto en punto a su origen empresarial como a su grado de calidad, o en otras palabras sirve para ayudarle al consumidor a hacer su elección en el mercado.

De tal manera que como señala Fernández Novoa en su obra Fundamento del Derecho de Marcas; la marca esta llamada a cumplir determinadas funciones fundamentales en el mercado en tanto que indicador de origen empresarial y de la calidad de los productos y servicios, como condensador del prestigio que los productos o servicios adquieren y como medio publicitario de los productos o servicios. Es por esta razón, que como expresa el mismo autor la existencia de un derecho de confusión con otra u otras marcas “es el parámetro fundamental que determina el derecho legítimo de la Marca”²³ lo constituye el riesgo hipotético de confusión que debe ser un riesgo serio de confusión en la mente del público, entre el titular de la marca y el signo que se pretende registrar posteriormente.

Además de lo indicado por la Doctrina, la jurisprudencia de la Sección Primera del Consejo de Estado se ha ocupado de este tema en reiteradas oportunidades. Es así como en sentencia de 6 de junio de 2013, Rad.: 2007-00240 Actor: Dulzuras Colombianas S. A. Consejera ponente: María Elizabeth García González, se consideró que:

“existe un riesgo de que el consumidor pueda confundirse acerca de la clase de los productos en disputa o de su origen empresarial, dada la identidad ortográfica, fonética y conceptual que hay en la expresión “FESTY” contenida en las marcas en conflicto, que suponen que dichos servicios o productos provienen del mismo prestador o productor o fabricante, además de que los productos amparados en ellas se destinan para los mismos fines, tienen los mismos canales de comercialización y medios de publicidad y sus consumidores son los mismos”.

En igual sentido, en la decisión de 22 de marzo de 2013, Rad.: 2003 – 00290, Actor: Darío Hoyos Gómez. Consejera ponente: María Claudia Rojas Lasso, se adujo que entre las marcas mixta TEMPUS y TEMPUS denominativa:

“generaría confusión en los consumidores por la conexión competitiva que existe entre las marcas, habida cuenta de que los canales de publicidad y comercialización de las mismas serían idénticos, y que los productos que ambas ampararían tendrían una relación directa”.²⁴

²³ NOVOA, Fernández, En Fundamento de Derecho de Marcas, op. Cit, pág. 197.

²⁴ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 22 de marzo de 2013, Rad.: 2003 – 00290 M.P. María Claudia Rojas Lasso.

Por otra parte, resulta importante destacar la sentencia de 20 de junio de 2013, Rad.: 2008-00349, Actor: COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES S.A., Consejero Ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO, en la cual hubo cambio de jurisprudencia en relación con la interpretación del artículo 172 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina, atinente al desistimiento de la demanda en defensa de los derechos del consumidor y de la competencia:

“Esta Sección, ha sostenido en reiteradas sentencias que es el interés general el que prima de acuerdo con las normas comunitarias. En efecto, entre ellas, la providencia de 28 de octubre de 2004 que recoge y adopta la sentencia de 27 de febrero de 1995 (expediente 3007, Consejero Ponente: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ)²⁵, la cual indica lo siguiente:

“c) Como quiera que el objetivo fundamental de la publicación de los actos administrativos que conceden el registro de marcas es el de garantizar “la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley” (art. 2º. C.C.A.) y es la concreción de dos de los principios orientadores de las actuaciones administrativas, como son los de publicidad y contradicción en virtud de los cuales, en su orden, se establece el deber de las autoridades de dar a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordenan este Código y la ley, “y que los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir esas decisiones por los medios legales”, de ello cabe concluir sin lugar a dudas, que el término de caducidad para el ejercicio de la acción consagrada en el artículo 596 del Código de Comercio debe contarse a partir de la fecha de publicación del acto que concede el registro de la marca de que se trate y, en ningún momento desde la fecha de su expedición, más aún si se tiene en cuenta que de conformidad con lo previsto por los artículos 2º literal e) y 8º de la Ley 57 de 1985, los actos de las Superintendencias que tengan alcance o interés generales, “...sólo regirá después de la fecha de su publicación”.

Obsérvese que las razones aducidas, son claras, en lo tocante a que los actos administrativos emitidos por la Administración son de interés general y no particular, máxime si se tiene en cuenta, que las normas comunitarias exigen que los actos de concesión de registro de marcas, sean publicados en la Gaceta de Propiedad Industrial, para que cualquier persona pueda realizar eficazmente las funciones establecidas en dichas providencias y, que el papel fundamental del Consejo de Estado es pronunciarse o decidir acerca de la legalidad de tales actos y no sobre los conflictos entre particulares, en materia de registro de marcas, con el propósito de dilucidar si con su expedición se afectan o no los intereses de los consumidores y de los competidores en un determinado mercado.

Aunado a lo anterior, debe tenerse presente que el encabezamiento de la norma transcrita en sus dos primeros incisos, expresa claramente que la autoridad nacional competente, es decir, el Consejo de Estado, decretará la nulidad relativa de un registro, cuando la marca se haya concedido en contravención del artículo 136 de la Decisión 486, o cuando ésta se hubiere efectuado de mala fe, lo cual, a no dudarlo, involucra el interés general que le asiste al público consumidor de no caer en error de confusión directa o indirecta y a los competidores en un mercado común, cuando la Administración ha concedido indebidamente una marca, cuyo registro le otorga la facultad de explotar los servicios o productos que los distingue, por expresa disposición de la ley supranacional.

²⁵ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 20 de junio de 2013, Rad.: 2008-00349. M.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

Cabe resaltar que la marca no sólo representa un interés para su titular sino para el público consumidor, así como para los competidores en el respectivo mercado, donde tenga sus productos o servicios dicho titular. En otras palabras, está involucrado un sector económico que no podría funcionar correctamente si se encontrara afectado para una concesión ilegal de una marca otorgada por la Administración.

Para efectos de la nulidad relativa del registro de una marca, el artículo 172 de la Decisión 486 en su inciso segundo, se remite al artículo 136 ibídem, el cual establece:

“No podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afectara indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando:

- a) Sean idénticos o se asemejen, a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercero, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda causar un riesgo de confusión o de asociación; (...).”

De la norma transcrita, donde aparentemente se protegen los intereses particulares, se infiere que su alcance va más allá de tales intereses, pues no sólo su protección se encamina a defender los “derechos de un tercero”, sino los del público consumidor y los de sus competidores, dado que la confusión que se pueda ocasionar entre dos marcas por ser idénticas o similares, trae complicaciones en el momento de adquirir los productos o recibir los servicios o de distribuirlos, que llegue a generar y afectar el interés general, no permitiendo que los consumidores distingan a los diferentes competidores en el mercado, ni concediéndole la alternativa de poder seleccionar, de entre los productos o servicios ofrecidos el que más le interesa; y a los competidores, cuyos esfuerzos comerciales y publicitarios de posicionamiento de sus marcas en un mercado, se ven seriamente afectados económicamente, ante la posible ilegal concesión de un registro marcario por parte de la Administración.

Los anteriores argumentos, se refuerzan y apoyan en la interpretación 068-IP-2011, proferida por el Tribunal de Justicia Andino, allegada a este proceso, en el que se considera que debe interpretarse el artículo 136 literal a) de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, y de oficio el artículo 134 de la citada Decisión, en cuya segunda conclusión anota:

“No son registrables como marcas los signos cuyo uso en el comercio afectara el derecho de un tercero y que, en relación con éste, el signo que se pretenda registrar, sea idéntico o se asemeje a una marca ya registrada o a un signo anteriormente solicitado para registro, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda inducir al público a error, de donde resulta que no es necesario que el signo solicitado para registro induzca a confusión a los consumidores sino que es suficiente la existencia del riesgo de confusión y/o de asociación para que se configure la prohibición de irregistrabilidad.

De la anterior precisión, se deduce claramente la defensa que debe hacerse no solo al tercer competidor afectado, sino, en especial, al público consumidor, respecto a lo cual es suficiente que para la autoridad competente exista el riesgo de confusión y/o de asociación, para que se presente la irregistrabilidad de la correspondiente marca”.

Finalmente, como puede observarse los nombres comerciales, las marcas, indicaciones geográficas y hasta en cierta medida, la protección a los diseños industriales, están destinados a servir como identificadores y como incentivos para la inversión en la buena reputación y la calidad que los consumidores pueden asociar a una empresa o producto. De manera que, desde el punto de vista de los consumidores, su mayor interés radica en obtener acceso a los productos y servicios protegidos por derechos de propiedad intelectual a precios asequibles, y a no ser confundidos con respecto a los identificadores.

1.2.2. El dialogo entre los derechos del consumidor y la competencia

La competencia consiste en una lucha de orden económico que libran sobre un mercado operadores económicos rivales, cualesquiera que ellos sean, en el sentido que los productos o servicios que ellos prestan son de naturaleza a satisfacer las necesidades idénticas o equivalentes de la clientela.

La competencia puede ser dirigida, puede ser prohibida por un sistema político que la niega o para un sector determinado (defensa, salud, investigación o cultura, etc.) pero sobre todo supone un sistema político favorable a la competencia como es el sistema de economía de mercado.²⁶. Dentro de tal sistema, la rivalidad supone una competencia que debe ser libre, es decir, que la competición debe poder efectuarse respetando la ley de la oferta y la demanda, sin apremio acerca de donde ella proviene. De esta manera. Las decisiones de los oferentes como las de los utilizadores de productos o servicios deben ser y permanecer libres y plurales: están así prohibidos, bajo ciertas condiciones, los acuerdos, los abusos de posición dominante, y ciertas concentraciones de empresas, entre otros.

El Derecho de la competencia (Competition Law), más conocido en el derecho anglosajon como Antitrust, no es fácil de definir en su dominio. Para algunos, el derecho de la competencia se encuentra restringido al “derecho antitrust”, es decir, a las prácticas restrictivas de la competencia o conjunto de normas, que tienen por objeto el asegurar la regulación del mercado (control de acuerdos, de abusos de posición dominante, de concentraciones). Una definición más amplia, considera todas las normas que aseguren el control de la lealtad de la acción de los operadores económicos, incluyendo las normas sobre la competencia desleal, y bien el derecho de los contratos en lo relativo a verbigracia, el alcance y tratamiento de las cláusulas de exclusividad y de no competencia.

Por otra parte, existe competencia desleal cada vez que como consecuencia de la infracción de obligaciones o de prohibiciones legales, el competidor se coloca en una situación anormalmente favorable, por lo cual se rompe la igualdad en el ejercicio de la actividad comercial. Y lo que es más importante, existen comportamientos desleales que no solo perjudican a los otros competidores en el mercado, sino que tienden bien a desorganizar el mercado, o bien simplemente a perturbarlo. Por ejemplo, constituye una perturbación a la estructura misma del mercado, el hecho de utilizar mano de obra clandestina y a la que no se le cancelan las prestaciones sociales, para poder ofrecer productos de bajo precio.

²⁶ VELILLA MORENO, Marco Antonio, Introducción al Derecho de los Negocios, Principios, Bases y Postulados de los Sistemas Económicos, Bibliotheca Millennio, Colección Derecho Económico y de los Negocios, El Navegante Editores, Bogotá-Colombia, págs. 62 y 63.

Algunos fenómenos de la economía subterránea como el lavado de activos y el contrabando, constituyen conductas de competencia prohibida, que ya no solo desorganizan el mercado, sino que terminan con la competencia misma, ya que las autoridades se dedican a inspeccionar, vigilar y sancionar a las empresas legales, creando de hecho una imposibilidad de sobrevivir para algunos (paradójicamente, los que se desarrollan dentro del marco legal, y cumplen con todas sus obligaciones con el Estado y la Sociedad), ya que la economía de mercado que se ocupa solo de la eficiencia económica, no distingue entre competidores legítimos y competidores al margen de la ley porque obtienen sus recursos de otras fuentes, no declaran el número de los usuarios a los cuales les facturan, o no cancelan sus impuestos.

Decíamos que la función principal de las legislaciones regulatorias de la competencia es promover la eficiencia económica, preservando el marco competitivo como el medio más apropiado para asegurar la distribución eficiente de los recursos económicos. En palabras de magistrados norteamericanos, *“la interacción de las fuerzas competitivas logrará la mejor utilización de nuestros recursos económicos, los precios más bajos, la mejor calidad y el más alto progreso material, al mismo tiempo proveyendo un ambiente conducido a la preservación de nuestras instituciones democráticas, políticas y sociales”*.

Se trata en este caso de armonizar el conjunto de medidas y acciones de los poderes públicos que, a la vez de regular el principio de libre competencia, están defendiendo y garantizando los derechos de los consumidores y usuarios como parte del orden público económico. En otras palabras, la defensa de la competencia y la protección de los consumidores son los dos aspectos del género de la ordenación de las competencias de los poderes públicos frente al mercado. De esta forma, se produce un círculo beneficioso para la totalidad de sus integrantes, del siguiente tenor: cuanto más estén garantizados los intereses de los consumidores, más seguros se mostrarán éstos y mayor actitud tendrán para adquirir bienes y servicios a cualquier productor o suministrador del mercado, lo que potenciará la situación productiva dentro de este mercado.

El desarrollo de cualquier mercado y su armónico funcionamiento requiere potencializar las sinergias entre la libre competencia y la protección de los consumidores. Es así, ya que al aumentar la demanda gracias a que los consumidores tienen acceso a una mayor variedad de mercado, a mejores precios, y a la puesta a disposición de servicios esenciales asequibles, lo que es producto de una economía competitiva que al ir suprimiendo obstáculos legislativos y eventuales distorsiones a la misma, conduce a que las empresas lancen nuevos productos que tengan ciertas particularidades que atraigan a los clientes, lo que tiende a consolidar la fortaleza del mercado.

Se trata en este caso de armonizar el conjunto de medidas y acciones de los poderes públicos que, a la vez de regular el principio de libre competencia, están defendiendo y garantizando los derechos de los consumidores y usuarios como parte del orden público económico. En otras palabras, la defensa de la competencia y la protección de los consumidores son los dos aspectos del género de la ordenación de las competencias de los poderes públicos frente al mercado. De esta forma, se produce un círculo beneficioso para la totalidad de sus integrantes, del siguiente tenor: cuanto más estén garantizados los intereses de los consumidores, más seguros se mostrarán éstos y mayor actitud tendrán para adquirir bienes y servicios a cualquier productor o suministrador del mercado, lo que potenciará la situación productiva dentro de este mercado.

El desarrollo de cualquier mercado y su armónico funcionamiento requiere potencializar las sinergias entre la libre competencia y la protección de los consumidores. Es así, ya que al aumentar la demanda gracias a que los consumidores tienen acceso a una mayor variedad de mercado, a mejores precios, y a la puesta a disposición de servicios esenciales asequibles, lo que es producto de una economía competitiva que al ir suprimiendo obstáculos legislativos y eventuales distorsiones a la misma, conduce a que las empresas lancen nuevos productos que tengan ciertas particularidades que atraigan a los clientes, lo que tiende a consolidar la fortaleza del mercado.

En este sentido, este Tribunal de Defensa de la Competencia de España señaló en 1993:

“El gran beneficiario de la competencia es el consumidor. Con la competencia los precios bajan, la calidad mejora, las empresas se vuelven exquisitas en el trato a sus clientes y, lo que es más importante, el consumidor ve incrementadas sus posibilidades de elección. Cuando hay monopolio o restricción de la competencia, al consumidor se le impone todo. Se le impone un abanico limitado de productos a elegir. Se le imponen calidades, precios y, especialmente, el trato que las empresas le dan. El monopolio hace esperar a un cliente porque sabe que no hay ninguna otra empresa que pueda suministrarle el servicio que el monopolio le niega. Pero, en el momento en que aparece un competidor, la captación y mantenimiento de un cliente se convierte en la tarea fundamental de la empresa”.

Por otra parte, “La colusión o el abuso de dominio en el mercado puede crear, ciertamente, restricciones en perjuicio de los consumidores y desde esta perspectiva, se inserta tal legislación también el área de la defensa del consumidor, aparte su objetivo de defensa de los empresarios contra prácticas, acuerdos, conductas o actuaciones atentatorias de la libertad de competencia. Una posición de dominio en el mercado puede generar prácticas abusivas para los intereses de los consumidores mediante la incorporación al contenido contractual de técnicas de imposición de una contratación tipo, o de otras, a través de las cuales se restrinja la libertad de contratar”.

El derecho del consumidor tiene por objeto regir las relaciones entre los profesionales del comercio (los proveedores de bienes y servicios) y los consumidores; mientras que el derecho de la competencia en sentido amplio rige las relaciones entre las empresas y el funcionamiento del mercado, así como en sentido restringido rige las relaciones entre profesionales del comercio que generalmente operan en la misma actividad.

1.2.2.1. Puntos comunes

El derecho del consumidor y el derecho de la competencia tienen en común que son materias que buscan luchar contra ciertas formas de desequilibrio económico y que buscan imponer una lealtad contractual. Se puede decir que existen tres pilares sobre los cuales estas disciplinas jurídicas se apoyan para cumplir su oficio: “poder, desequilibrio y abuso”.

La protección del consumidor contra los engaños o los comportamientos abusivos de ciertos profesionales protege al mismo tiempo a los competidores que no usan los mismos procedimientos. Inversamente, el desarrollo de una competencia leal y reglamentada entre empresas las incita a colocar en el mercado productos o servicios de mejor calidad y mejores precios, en interés del consumidor.²⁷

27 RIPERT, G. et ROBLOT, R., *Du Droit Commercial al Droit Economique, Traite de droit des affaires*, Tome 1, pág. 849.

La competencia es generalmente considerada como benéfica para el consumidor quien podrá comparar la calidad de los productos y los servicios ofrecidos, los precios solicitados y decidir así lo mejor de acuerdo con sus intereses. Por esta razón las normas del derecho de la competencia tienen repercusiones evidentes sobre el utilizador final que es el consumidor. Se exige una lealtad de la competencia que no atente contra el mercado y que permita prevenir cualquier conducta anticompetitiva.

La Superintendencia de industria y comercio como autoridad económica que opera tanto en el dominio de la competencia como de la protección del consumidor.

1.2.2.2. Puntos de diferencia

El derecho de la competencia es considerado como un derecho “al comienzo del proceso económico”: producción y distribución, que rigen las empresas, lo más frecuentemente las personas morales, parte del principio de igualdad inicial de los actores en presencia.

Por su parte, el derecho del consumidor era percibido al contrario como “el de la etapa final del proceso económico”, y que concierne en principio de personas físicas. Se fundamenta en el principio de la desigualdad, y se busca la protección de los débiles.

La Superintendencia como autoridad económica y la justicia en materia de competencia, interviene en general a posteriori, mediante sanciones administrativas y multas, mientras que, en materia de consumidor, prefiere prevenir que curar.

El derecho de la competencia tiene por finalidad de aumentar el beneficio global a favor de los consumidores. El derecho de la competencia los beneficia, pero no protege a los consumidores. A diferencia del derecho del consumidor, el derecho de la competencia no toma al consumidor ni como un agente económico aislado, ni como el beneficiario directo de la protección.

En la perspectiva global de la práctica del derecho anticoncurrenciales, el derecho – particular– del consumidor, puede en sí mismo ser objeto de una apreciación: en ciertas hipótesis, el derecho del consumidor constituirá una barrera a la entrada de nuevos concurrentes; en otros, al contrario, el impedirá ciertos comportamientos de exclusión o constituirá un obstáculo al cierre de mercados

Cuando hablamos de Prácticas Comerciales Restrictivas, entendemos siempre, que son todo tipo de acuerdos que, tanto directa, cómo indirectamente, tienen por objeto o efecto, el limitar la producción, distribución o consumo de toda materia prima, producto, o servicio. La competencia desleal se diferencia de las prácticas comerciales restrictivas de la competencia, en que la primera es entre dos s que luchan por la clientela y en la segunda, el interés es el general de la comunidad y los consumidores, donde se analizan, por ejemplo, supuestos abusos de posición dominante o acuerdos de precios”. De hecho -en materia legal- el artículo 32 de la Ley 689 de 2001, establece que las disposiciones aplicables en materia de prácticas comerciales restrictivas son las contenidas en la Ley 142 de 1994, en donde este tipo de prácticas de carácter discriminatorio estás prohibidas.

Si bien es cierto que los conceptos de competencia desleal y prácticas restrictivas de la competencia son diferentes, el uno puede llegar a degenerar en el otro en cuanto a la afectación de los intereses de los consumidores o el orden público económico (se ejercen prácticas de competencia prohibida que otorgan ventajas competitivas como la del artículo 19 de la Ley 256 de 1996).

En relación con los derechos de la competencia y del consumidor, la jurisprudencia del Consejo de Estado reitera lo indicado por la Doctrina. En efecto, la sentencia de 7 de abril de 2011, Rad.: AG 2000-00016, Actor: Tomas Darío Saldarriaga Calle y Otros²⁸, precisó que:

“La Carta Política de 1991, en especial en sus artículo 333 y 365, brinda una particular protección a la libre competencia económica, pero la misma no se dirige únicamente a los agentes económicos al garantizarles el acceso al mercado, sino que simultáneamente se propone la protección del conjunto de la colectividad quien es concebida en este modelo como la principal beneficiaria del sistema económico perfilado constitucionalmente, en especial en cuanto se refiere a la calidad y precio de los bienes y servicios que se transan. Dada la condición de inferioridad, indefensión o subordinación manifiesta de la comunidad, la intervención estatal se vuelca con especial énfasis a los usuarios y perfila así una de sus más importantes facetas: el derecho del consumo, como manifestación nítida del constitucionalismo social. Tutela de los usuarios, en tanto dimensión de la libertad económica que parte del reconocimiento de la “asimetría real” de sus relaciones con las empresas proveedoras de los bienes y servicios, debilidad manifiesta que encuentra en el artículo 369 Superior una sólida base y fundamento constitucional para su singular protección y defensa en el sector de los servicios públicos domiciliarios. De la previsión de los derechos colectivos de los consumidores o usuarios a la vez de manera general en el artículo 78 C.P. y en forma particular para el sector de los servicios públicos domiciliarios en el artículo 369 eiusdem, se sigue que su infracción en ocasiones comporta la declaratoria de responsabilidad por su desconocimiento y, por ende, su consecuencial reparación”.

En el mismo sentido, se encuentra la providencia de 15 de agosto de 2007, Rad.: 2005-00004, Actor: LEANDRO PAJARO BALSEIRO²⁹, en donde se plasmaron las siguientes consideraciones:

“En consonancia con los mandatos constitucionales (arts. 78, 150.21 y 333), el ordinal n) del artículo 4º de la Ley 472 previó dentro de los intereses colectivos pasibles de la acción popular a los derechos del consumidor, lo cual no reviste novedad alguna, como que el derecho nacional con anterioridad a la expedición de la Carta de 1991 ya preveía instrumentos (en su mayoría hoy vigentes aún) de protección del usuario. (...)”

Los intereses colectivos de los consumidores y usuarios guardan una relación de interdependencia con el también derecho colectivo a la libre competencia económica (ordinal i) del citado artículo 4º de la Ley 472), como que no es más que la otra cara de la misma moneda. En efecto, la libre concurrencia ha sido perfilada fundamentalmente en favor del consumidor final, para que éste reciba sus beneficios en especial en cuanto a calidad y precio, como parte frágil de esta relación negocial, que las más de las veces reviste la modalidad de contratos de adhesión o también conocidos como de “condiciones uniformes”. Posición de subordinación, inferioridad, desequilibrio o “asimetría real” que torna imperativa la intervención del Estado en el derecho del consumo. Así se puso de presente en la propia Constituyente:

“Tradicionalmente los consumidores y usuarios han tenido una condición de inferioridad manifiesta ante los productores y comerciantes.

²⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 7 de abril de 2011, Rad.: AG 2000-00016. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 15 de agosto de 2007. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

“Frente a esta situación de debilidad, el artículo que recomendamos consagra expresamente la intervención del poder público a favor de los consumidores y usuarios para 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 o subordinación.

“Al elevar la protección de los consumidores y usuarios a nivel constitucional se pretende dotar al legislador de un sólido fundamento para crear nuevos instrumentos que amplíen el universo propio de su defensa en el ordenamiento nacional.

(...) El texto recomendado establece, por otra parte, que la ley regulará el control de la calidad de los bienes y servicios. Se consagra así un fundamento jurídico para obligar al productor o comerciante a verificar el estado de sus productos, excluir los de mala calidad y afrontar las responsabilidades que de ello se deriven para el consumidor o usuario. Este tema reviste gran importancia, además, por su incidencia en la competitividad de los productores colombianos en el mercado internacional.”

Con esta óptica la Sala tiene determinado en sede popular que la tutela colectiva de los intereses difusos del consumidor configura un capítulo relevante de nuestro modelo económico constitucional, como expresión nítida del constitucionalismo social (...)

Protección frente a eventuales ejercicios abusivos de la libertad económica, que reviste simultáneamente la modalidad individual y la colectiva como señalan doctrinantes como Stiglitz y también precisa nuestra jurisprudencia:

“Esa protección del usuario impone una defensa a la vez individual y colectiva, con mecanismos jurídicos de protección diversos, pero no excluyentes. En otras palabras, la existencia de instrumentos legales de tutela individual de los derechos del usuario en nada impide que éste acuda a instrumentos colectivos para su defensa, como son justamente las acciones populares.

“(…) Y esos instrumentos jurídicos de protección revisten dos modalidades, por una parte, aquellos enderezados a la defensa individual y, por otra, los creados para su tutela colectiva, dada la doble naturaleza (individual y colectiva) de dichos derechos. Es desde esta perspectiva, que en el mismo nivel constitucional se previeron las acciones populares y de grupo (art. 88 C.N.).”

Sin embargo, constitucional y legalmente la protección del consumidor de los servicios públicos domiciliarios reviste un carácter especial o singular que lo hace un capítulo separado de la protección del consumidor en general y por lo mismo su defensa pasa fundamentalmente por las reglas particulares previstas en las leyes 142 y 143 de 1994 y en la Ley 689 de 2001, que tienen por fuente constitucional el capítulo V del Título XII, de la Constitución Económica, en tanto constituyen un verdadero “Estatuto especial del consumidor de los servicios públicos domiciliarios”, y no las generales de los artículos 78, 333 y 334 Superiores, y a sus respectivos desarrollos legales, preceptos a los cuales sólo es menester recurrir en ausencia de regulación de aquellos:

“[I]a Constitución Política de 1991 dedicó un aparatado especial a los derechos de los consumidores y remitió a la ley la regulación de aspectos relacionados con la calidad de los bienes, la información que se suministre al público, y la

forma de participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de disposiciones que les conciernen (art. 78 C.N.). Sin embargo, de todos los consumidores de bienes y servicios, únicamente a los de la especie 'servicios públicos domiciliarios' se les dio un tratamiento singular con rango constitucional. En efecto, (...) el artículo 369 de la Constitución Política dispuso que la ley determinará su régimen de derechos y protección (...) En tratándose de los servicios públicos domiciliarios el derecho a la competencia y el derecho del consumo son también las dos caras de una misma moneda, moneda cuyo equilibrio corresponde garantizar al Estado.

"La Ley 142 de 1994 es una ley de intervención económica -como también lo es la Ley 143 o ley eléctrica- con orientación a la protección del usuario, es un verdadero estatuto del usuario. De los nueve fines de la intervención del Estado en los servicios públicos -que señala el artículo 2º de la Ley 142- ocho van dirigidos a la protección del usuario. Por manera que el régimen de los servicios públicos domiciliarios comprende no sólo un estatuto propio de protección o defensa del usuario frente al mercado como los demás sectores - libertad de competencia, no utilización abusiva de la posición dominante, prohibición de prácticas restrictivas, prohibición de monopolios- sino que además establece a favor del usuario todo un catálogo de disposiciones de protección, ya no frente al mercado, sino frente a la empresa que le presta el servicio (...)"

En conclusión entendemos, por todo lo dicho, que una actuación de los poderes públicos tendente a la satisfacción simultánea de las competencias en defensa de la competencia y de los consumidores y usuarios cuando ello sea posible, no sólo producirá efectos favorables para ambas políticas públicas derivadas de las sinergias surgidas de una política común de actuación, sino que evitarán las disfunciones y descoordinaciones que se evidencian de la aplicación diaria de las normas que regulan, separadamente, cada uno de estos ámbitos materiales de actuación.

1. De esta forma, y pese a que estas dos políticas públicas son constitucionalmente igual de exigibles, ambas tienen zonas comunes de interacción que pueden servir para mejorar los efectos que pueden alcanzar cada una de ellas aisladamente (sinergias), así como que existen intereses públicos comunes que ambas han de lograr (convergencias).
2. Un clima de competencia libre y leal entre los países desarrollados y los en vía de desarrollo no solo tienen como presupuesto la armonización con otros objetivos propios de nuestros gobiernos en materia de política de protección al consumidor, sino que se requiere una modernización de nuestra arquitectura jurídica. No podemos enfrentar el reto de la globalización (inserción de lo local en lo global y de lo global en lo local), sin un equilibrio entre las instituciones normativas de competencia y consumidor, en un mundo globalizado donde existe la producción en serie los contratos de adhesión son la regla general, existen prácticas agresivas de venta, existen productos defectuosos, peligrosos y de gran complejidad técnica etc.

Finalmente, podemos concluir:

- » La crisis mundial exige una reingeniería de los conceptos y una aproximación multidimensional y multireferencial de los problemas a solucionar. En una relación

donde temas como la economía, la política y el derecho tienen una vinculación tan íntima, hay que repensar estos conceptos a la luz de las nuevas realidades.

¿Privatización o enajenación de activos de entidades pública ineficientes para que sean adquiridas por operadores particulares y/o públicos, para que no se sigan constituyendo monopolios públicos por monopolios privados? ¿Captura total por los privados o un sistema donde la naturaleza del operador por ejemplo en servicios públicos no interesa (si es completamente privado, mixto o totalmente público) (seguir estimulando la discriminación entre los operadores privados y públicos o promover una defensa de lo público en beneficio de la sociedad, sea mediante la prestación privada rentable pero con responsabilidad social y de empresas industriales y comerciales del Estado u operadores públicos eficientes fundamentados en el servicio económico de interés general y caracterizados por una ejemplar gestión de los bienes colectivos?).

- » Un hiperdesarrollo del derecho de la competencia con una hipertrofia del derecho del consumidor y del nivel creativo e inventivo nacional (Propiedad intelectual), equivale sin lugar a duda a un nuevo proceso de colonización. Ha de existir un desarrollo normativo, armónico que permita la instrumentalización de las políticas de desarrollo nacional

1.3. Relación derecho del consumidor y medio ambiente

En los actuales momentos no es posible excluir una breve alusión en este documento de las relaciones entre el derecho del consumidor y el medio ambiente. Desde la cumbre de la tierra, que se celebró en Río de Janeiro en 1992, una profunda reflexión se instaló entre los protectores del medio ambiente y aquellos juristas vinculados a la protección de los consumidores, y es así, como se ha venido estudiando desde entonces, los mecanismos más eficientes para lograr esa protección de manera concreta frente a los productos de tratamiento, los productos de calidades específicas, y la eliminación de las basuras, entre otros aspectos. Se trata de la importancia de modificar los modelos de producción y de consumo para garantizar un consumo durable.

La adopción de políticas, medidas legislativas y reglamentaria, conciernen principalmente a los productos agroalimentarios y la disposición de las basuras en forma principal, aunque es muy reciente, se suma la consciencia de tomar medidas contra el cambio climático. Se busca que exista una estrecha relación entre las políticas de protección al medio ambiente y de consumo, para lograr los acercamientos en los temas de mutuo interés y lograr así un consumo durable.

No es tarea fácil de lograr los equilibrios entre la promoción del crecimiento económico y cierto nivel de protección los consumidores. El análisis de productos que pueden ser nocivos para la salud constituye materia de una reglamentación cada vez más estricta. Por otra parte, el análisis de productos de calidad específica, tales como los productos de agricultura orgánica, los productos salidos del comercio equitativo, y los organismos genéticamente modificados se inscriben en este debate para lograr ese difícil equilibrio entre la protección de la salud y las normas de la economía de mercado. Por otra parte, nacen proposiciones de toda índole para la disposición de los desechos o basura.

Existen productos destinados al mejoramiento de la calidad de los alimentos, los alimentos para dietas específicas y los pesticidas que tienen que ver con los denominados productos de tratamiento.

Existen productos destinados al mejoramiento de la calidad de los alimentos, y por esa razón, legislativa y reglamentariamente se trata de intervenir sobre los aditivos, las enzimas y los aromas alimentarios, realizando una evaluación de riesgos, y tratando de armonizar disposiciones a nivel regional y local, frente a la utilización de estas tres sustancias en los alimentos humanos (se incluye los endulzantes y colorantes)

Este tema del consumidor y el medio ambiente, también se ocupa de estudiar dietas específicas sobre alimentos dirigidos para la nutrición de los adolescentes y niños, personas con trastornos digestivos o del metabolismo y personas con una condición psicológica específica. Esta clase de alimentación especial se diferencia de los alimentos de consumo corriente por su composición y por su modo de fabricación. La legislación y la reglamentación se preocupa mucho por lo que se incluye en los empaques y etiquetas en los productos alimenticios destinados a ciertos consumidores, en cuanto a la nutrición y preparación de los productos.

Otro aspecto son los pesticidas, y la necesidad de prevenir todos los riesgos en la alimentación humana y animal. Así los productos fitosanitarios y los pesticidas se someten a normas muy estrictas, buscando reducir los primeros, y lograr el uso de pesticidas compatibles con el desarrollo durable. Esto se refiere a los pesticidas que son productos fitofarmacéuticos, y no se aplican a los productos biocidas (los biocidas pueden ser sustancias químicas sintéticas, o de origen natural o microorganismos que están destinados a destruir, contrarrestar, neutralizar, impedir la acción o ejercer un control de otro tipo sobre cualquier organismo considerado nocivo para el hombre). Se busca que todos los Estados busquen introducir planes de acción que minimicen los riesgos y los efectos sobre la salud humana y el medio ambiente.

Con respecto a los pesticidas se utilizan varias estrategias como la prohibición de la fumigación aérea, salvo sectores muy focalizados, la prohibición de pesticidas en ciertas zonas específicas (zonas utilizadas por gran cantidad de población o zonas protegidas) y la promoción e implementación de una lucha integrada contra los enemigos de la multiculturalidad.

Los productos fitofarmacéuticos se dirigen principalmente a proteger los vegetales contra los organismos dañinos, a ejercer acciones contra los procesos vitales de los vegetales, a asegurar la conservación de los mismos, y a destruir los vegetales o las partes de los vegetales que sean indeseables, así como a frenar un crecimiento exponencial

La protección de las plantas y de los vegetales, es muy importante por ejemplo en el continente europeo para prevenir todo riesgo contra la salud y la alimentación humana y animal, lo que hace que los pesticidas y los productos fitosanitarios sean sometidos a una reglamentación estricta que reduzca su utilización y por ejemplo haga que los pesticidas sean compatibles con el desarrollo durable.

Se busca establecer el mantenimiento de un cierto nivel de protección de los productos que están identificados con *label* orgánico y promover la dinámica económica del

mercado de productos de la agricultura orgánica que prohíben el uso de transgénicos (alimentos genéticamente modificados), porque estos están prohibidos en la producción orgánica.

Los Estados favorecen que se introduzcan en los restaurantes universitarios productos provenientes de la agricultura orgánica, y que, en la importación de alimentos, se observen serias restricciones frente a los alimentos transgénicos, y además facilitando en el caso de los productos importados, los tramites de introducción al país, con respecto a los otros.

En cuando a los productos provenientes del comercio equitativo, no existe aún una definición. Sin embargo, distinguimos tres clases de acciones en ese sentido. Se han hecho por ejemplo esfuerzos para homologar métodos de cría de ganado, productos como el banano orgánico y los frutos tropicales, provenientes del comercio equitativo.

Se define el comercio equitativo como una asociación comercial que se funda en el dialogo transparente y que tiene como objetivo lograr una mayor equidad en el comercio mundial. Este comercio equitativo contribuye al desarrollo durable ofreciendo unas mejores condiciones comerciales y garantizando los derechos de los productores y de los trabajadores marginados, particularmente en los países del sur del planeta. Se han creado asociaciones, que sostienen los consumidores, para promover el comercio equitativo, apoyando a los productores, sensibilizando a la opinión publica de promover campañas que impulsen el cambio de las reglas y prácticas del comercio internacional convencional.

Se busca tener una relación, la menos inequitativa posible, entre los productores desfavorecidos situados en el tercer mundo y los distribuidores, además de que el comercio equitativo debe fortalecer las capacidades de los productores. En tercer lugar, los consumidores de los países desarrollados deben ser sensibilizados de las bondades de promover el comercio equitativo, así como que este se inscribe en la perspectiva del desarrollo durable, lo que por supuesto responde a las exigencias de los consumidores.

En la actualidad hay un gran debate en varios países sobre quién debe dar la certificación acerca del comercio equitativo si son los entes privados y los públicos, o si solamente debe ser un organismo público, dado los grandes intereses privados que hay en presencia.

Otro aspecto es el de las biotecnologías. La legislación se ha preocupado seriamente en las modificaciones que han intervenido por ejemplo en la utilización silenciosa de microorganismos genéticamente modificados y la diseminación de productos transgénicos, así como la vigilancia que hay que hacer sobre el mercado acerca del etiquetaje de los productos alimenticios y de los alimentos para animales genéticamente modificados. Se busca establecer medidas entre los países para ´proteger la salud humana y el medio ambiente. En este caso se trata de establecer unos mínimos, dejando a los Estados en libertad de extremar medidas para prevenir los riesgos que implican las plantas, los animales o los pescados genéticamente modificados.

Otro aspecto para considerar es el de la información de los consumidores, la que tiene un impacto sobre las actitudes y comportamientos de los mismos. Aquellos consumidores que se encuentran mejor informados son los que realizan mayores acciones en favor del medio ambiente. Es por esta razón que el desafío fundamental, es que se pueda informar debidamente a los consumidores sobre los problemas ambientales y de motivarlos para que adelanten acciones de protección al medio ambiente.

En Europa el “euroetiqueta” (*label*) permite a los consumidores el informarse sobre la adquisición de bienes y de servicios que generan efectos más limitados sobre el medio ambiente. La etiqueta ecológica se aplica a un número importante de categorías de productos. Se aplica por ejemplo a toda mercancía o servicio suministrado con destino a ser distribuido en el mercado comunitario, salvo los medicamentos de uso humano y los medicamentos veterinarios (los criterios de fiabilidad para el establecimiento durante el ciclo de vida de estos últimos productos, se encuentra aún en estudio).

La acreditación en este proceso de certificación (etiquetamiento) es establecido por una comisión de expertos que aportan pluralidad de criterios, es fundado a partir del ciclo de vida del producto o servicio. Esta certificación por supuesto no prohíbe sino aquellas incidencias sobre el medio ambiente más significativas, y en la medida propende por la reducción de las investigaciones utilizando animales.

La reglamentación ha utilizado como medio el etiquetaje para transmitir informaciones uniformes relativas a los productos, por ejemplo, en cuanto al consumo de energía, y de otros recursos de los productos relacionados con la energía. Se aplica para aparatos domésticos, a todos los productos vinculados con la energía, principalmente en el sector de aseo comercial e industrial, a ciertos productos no vinculados a la energía como las ventanas, que una vez en servicio o instaladas, tienen un potencial de energía económica considerable (los medios de transporte han sido excluidos, por ejemplo). De esta manera los productos que no reúnan unas exigencias mínimas por ejemplo no serían considerados dentro de las compras del Estado.

La eliminación de los desechos y basuras En este aspecto se han implementado varias políticas de prevención, valorización y de reciclaje de los desechos y basuras, en los últimos años, intentando mejorar la disposición de los mismos. En efecto, se ha optado por la fórmula de clasificar los desechos, la cual reafirma la importancia de valorizarlos, más que de eliminarlos. Se busca que los Estados respeten estas etapas (prevención, preparación para reutilización, reciclaje, valorización y eliminación). El objetivo de estos programas es el de romper los nexos del crecimiento económico con las incidencias ambientales asociadas a la toma de conciencia acerca de las consecuencias ambientales causadas por ciertas formas de consumo en términos de producción de desechos.

Se insiste por los poderes públicos en que las empresas sean más responsables y respetuosas del medio ambiente y prevenir en las políticas sobre los desechos, el que estos alberguen sustancias peligrosas, así como que se promuevan las tecnologías que se concentren sobre productos durables, reutilizables o reciclables.

Se busca promover, mediante la vía impositiva un alza en la tasa de aquellos productos que más generan desechos y en la tasa de almacenamiento para que se fomente la incineración de desechos, estimulando el que cada vez se utilicen más los desechos orgánicos y se reduzcan cada vez más, los residuos sólidos.

BIBLIOGRAFÍA

- » BEAUCHARD, Jean, Droit de la distribution et de la consommation, Themis. Droit Prive.
- » BETANCUR, Belisario, La Constitución Económica de Colombia, Bibliotheca Millennio, Colección Derecho Económico y de los Negocios, El Navegante editores, 1997.
- » CHAMPEAUD, Claude. Contribution Á La Définition Du Droit Économic. Documents Orleans Faculte de Droit. 1973.
- » DE LEYSSAC, Cl . Lucas et PARLEANI, Gilbert. Droit du Marche, op. Cit. 27.
- » GUIVAL, M., in Rep . Com. Dalloz, Voir Commerce et industria.
- » MOUSERON, J.J y SELINSKY, V. El nuevo Derecho Francés de la Competencia. Litec. 1987.
- » NOVOA, Fernández, En Fundamento de Derecho de Marcas, op. Cit.
- » RIPERT, G. et ROBLOT, R., Du Droit Commercial al Droit Economique, Traite de droit des affaires, Tome 1.
- » VEDEL, Georges. Le Droit économique existe-t-il ?, Melanges Virgreux Pierre, 1981.
- » VELILLA MORENO, Marco Antonio, Introducción al Derecho de los Negocios, Principios, Bases y Postulados de los Sistemas Económicos, Biblioteca Millennio, Colección Derecho Económico y de los Negocios, El Navegante Editores, Bogotá-Colombia.
- » VELILLA MORENO, Marco Antonio, Introducción al Derecho Económico y de los Negocios, Introducción a la Constitución Económica Colombiana, Ed. Planeta.
- » VELILLA MORENO, Marco Antonio, Reflexiones Sobre La Constitución Económica Colombiana, Bibliotheca Millennio, Colección Derecho Económico y de los Negocios, El Navegante Editores, Bogotá, 1997.
- » VELILLA MORENO, Marco Antonio. Derecho de la Distribución Comercial, Bibliotheca Millennio, Colección Derecho Económico y de los Negocios, El Navegante Editores, Bogotá, 1 de mayo de 1995.
- » VELILLA MORENO, Marco Antonio. Introducción al Derecho Económico y de los Negocios. Aclaración de Voto de Adpostal. Editorial Gestión 2000.
- » VELILLA MORENO, Marco Antonio. Introducción al Derecho Económico y de los Negocios. Salvamento de Voto de Tercer Canal. Editorial Gestión 2000.

JURISPRUDENCIA

- » Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 22 de marzo de 2013, Rad.: 2003 – 00290 M.P. María Claudia Rojas Lasso.

- » Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 20 de junio de 2013, Rad.: 2008-00349. M.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

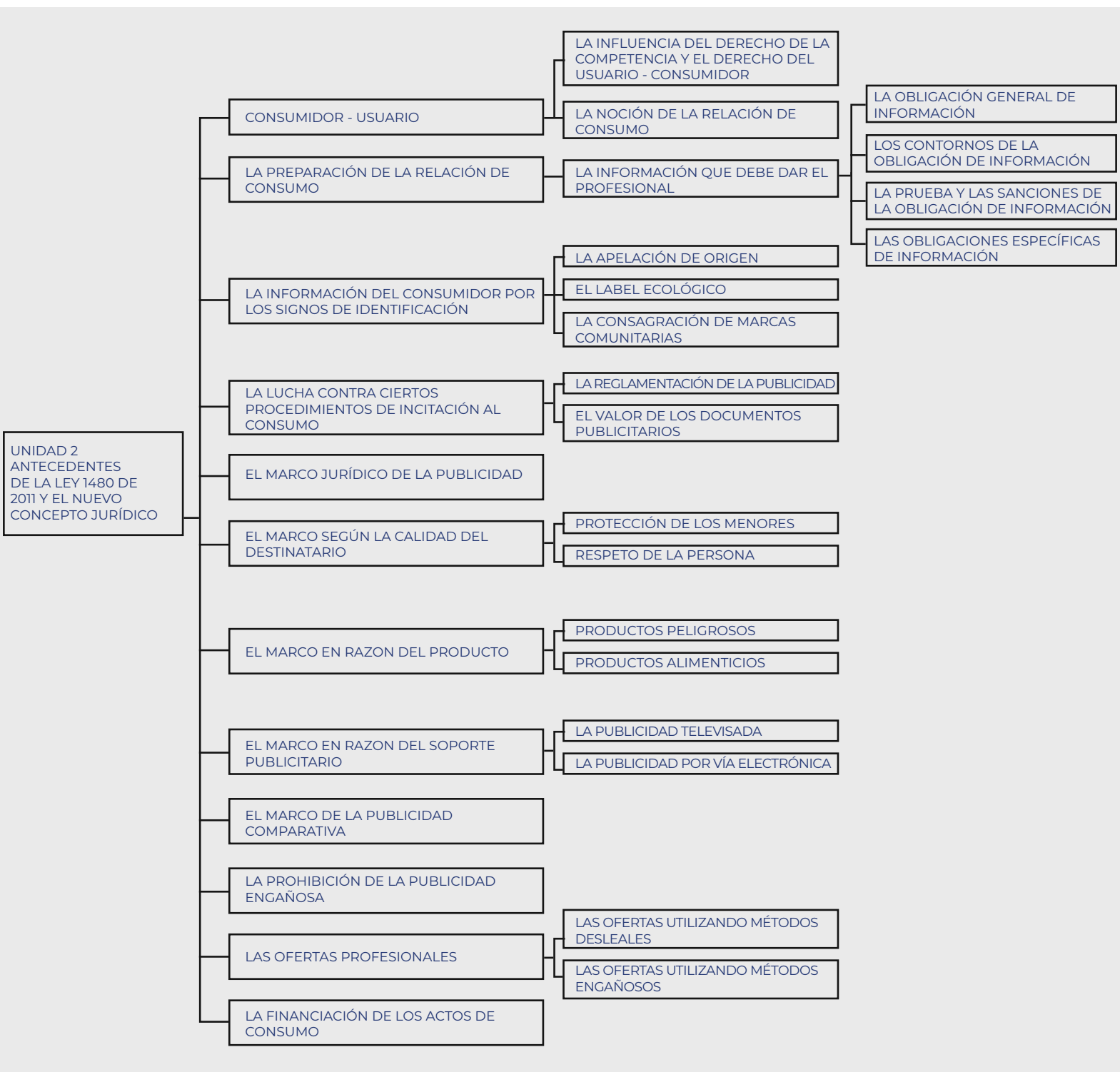
- » Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 7 de abril de 2011, Rad.: AG 2000-00016. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. “Régimen de defensa de los usuarios de servicios públicos domiciliarios”

- » Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 15 de agosto de 2007. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

PAGINAS WEB

- » <https://youtu.be/c5FyEgyc0Mo>
- » <https://youtu.be/LQJrIQWpXDE>
- » <https://youtu.be/5wQPhnU4OGU>

UNIDAD 2



LOS ANTECEDENTES DE LA LEY 1480 DE 2011 Y EL NUEVO CONCEPTO JURÍDICO DE LA RELACIÓN DE CONSUMO

Og	Objetivo general de la unidad <i>Trazar la línea divisoria entre el derecho privado tradicional y concepto nuevo que surge a partir de la denominada relación de consumo, donde la protección a la parte frágil económica jurídica y técnicamente comienza antes de la celebración de cualquier contrato de consumo.</i>
Oe	Objetivo específico de la unidad <i>Facilitar al discente el conocimiento más detallado de las acciones de protección a los consumidores y sus características, para la expedición de sentencias que, a pesar de lo expedito de algunos de los procedimientos resulten en el caso específico sometido a su consideración, más congruentes con los objetivos constitucionales, y el objetivo del legislador en el caso de la Ley 1480 de 2011:</i>

La Ley 1480 de 2011 constituye el resultado de un inmenso esfuerzo de codificación, emprendido por la Superintendencia de Industria y Comercio, para adaptar la legislación colombiana a los nuevos desafíos y riesgos que se presentaron para los consumidores, con el transcurso del tiempo y la evolución de los productos y servicios contemporáneos.

La protección del consumidor ha asumido varias modalidades en el derecho comparado, lo que obedece en gran parte, a su naturaleza pluridisciplinaria, circunstancia que enriquece mucho más esta temática, pero que introduce un mayor debate acerca de las migraciones de ideas que se producen entre las diferentes disciplinas en presencia y las diversas áreas jurídicas, también involucradas.

En sus inicios el consumidor fue protegido mediante normas sectoriales, de manera dispersa y poco coherente. Posteriormente, en algunos países coexistieron estatutos del consumidor con ciertas normatividades por sectores, y una tercera modalidad es aquella donde existe un Estatuto del Consumidor que sistematiza el tema, y dialoga por decirlo así con microistemas de normas específicas que pertenecen por lo general a sectores especializados que quieren proteger a sus consumidores, y que coexisten con el primero, que es el que rige en forma principal las relaciones de consumo y los contratos, contempla los derechos y deberes, los principios generales, pero además, toda una elaboración al detalle, sobre el tratamiento que debe recibir el consumidor, y que le garantiza protecciones superiores, a las que contempla el régimen tradicional de las obligaciones y contratos.

En este último evento, es decir cuando se ven enfrentados dos Estatutos, debe resolverse, cuál de ellos se aplica (si el general o el específico), Algunos países han optado por esta opción de la codificación como Francia, Italia y Luxemburgo lo que ha marcado cierta emancipación del código civil. Por el contrario, Alemania para evitar dicha dicotomía con respecto al código civil y al derecho de las obligaciones, prefirió integrar parte del derecho del consumidor en el BGB en el año 2001, a raíz de una reforma que se vio obligada a efectuar a partir de la expedición de una Directiva de protección a los consumidores en la Unión Europea.

La evolución de la protección al consumidor se ha presentado de manera progresiva, y no todos los países, se han esforzado lo suficiente para expedir sus codificaciones, razón por la cual, se continúa aplicando reglas que fueron concebidas para los contratos libremente negociados, y por supuesto, colocan a los consumidores en una posición de desigualdad económica, jurídica y técnica. Es solo a finales del siglo XX que emergen con mayor claridad las demandas y solicitudes de nuevas categorías sociales, como son los trabajadores y consumidores; y es así como en virtud de que la propiedad y la libertad económica se van desvaneciendo como principios liberales que hasta entonces tenían un carácter absoluto, como lo apreciamos al estudiar la Constitución Económica Colombiana.

Producto de esta evolución, el artículo 58 de la Carta Política de 1991 implementa la función social y ecológica de la propiedad privada; a manera de limitación en beneficio del interés público y social como reza la misma disposición. Nace la constitucionalización que se hace de la protección a los consumidores con fundamento en el artículo 78 de la Carta Política de 1991, y que les permite hacer prevalecer su salud, tener mayor seguridad de los productos y tener acceso a un consumo más justo y equitativo, que además permita la conservación del medio ambiente, en la búsqueda de un desarrollo durable.

La libertad económica, encuentra ciertos límites en la Carta Política, que se evidencian en el derecho que instrumenta la economía de mercado, donde los empresarios, creadores (titulares de propiedad intelectual) y consumidores, se encuentran, en condiciones de desigualdad, que el Estatuto de defensa del Consumidor, enfrenta a través de sus disposiciones para reestablecer el equilibrio necesario en las relaciones de consumo y contratos celebrados por los consumidores o usuarios.

Bajo la vigencia de la anterior Carta Política, el Congreso de la República podía delegar ciertas facultades legislativas en el presidente de la República. Gracias a esta facultad, el ejecutivo a través de la intervención en la economía pudo proteger mediante algunas disposiciones aisladas, a los consumidores colombianos, aunque fuera con un alcance muy restringido y poco práctico.

Es conveniente recordar algunos antecedentes históricos en materia de intervención del Estado en la actividad económica, ya que la protección a los ciudadanos y consumidores va a implementarse de manera progresiva, y es así como la reforma constitucional de 1968 ya promovía, la política de ingresos y salarios de conformidad con el inciso 2° del artículo 32, en los siguientes términos, donde se señalaba:

“...Intervendrá también el Estado, por mandato de la ley para dar pleno empleo a los recursos humanos y naturales dentro de una política de ingresos y salarios conforme a la cual el desarrollo económico tenga como objetivo principal la justicia social y el mejoramiento armónico y ordenado de la comunidad y de las clases proletarias en particular”

La intervención con finalidad social en favor de los trabajadores, es influenciada en su momento por el famoso economista John Maynard Keynes³⁰ y las escuelas americanas; que mediante su doctrina pretende mitigar las oscilaciones cíclicas del sistema económico, y evitar las consecuencias sobre el empleo, porque se trataba según el autor de la obra *Teoría General del empleo, interés y dinero* que publicó en 1936, era de lograr el pleno empleo dentro de una política de ingresos y salarios, que ayudara a determinar el salario real, motor de la capacidad adquisitiva de bienes y servicios y la equitativa distribución de las rentas.

Desde entonces, la intervención económica se convirtió en el instrumento que el Estado porque el Keynesianismo aportaba una alternativa, frente a la crisis que para ese entonces enfrentaba ya el liberalismo clásico, frente al fracaso de aumentar el empleo, a partir de dejar actuar el mercado de manera libre, y aplicar una reducción de salarios, lo que supuestamente lograría el equilibrio en el orden económico y social.

En realidad, este tema por su connotación política e ideológica, no es pacífico, y siempre se dará una eterna discusión en torno a la intervención económica, acerca de si la misma se justifica en función de las denominadas clases dominantes o en función de las mayorías populares.

Algunos autores, echan de menos, de tiempo en tiempo, la intervención del Estado, porque consideran ellos, que la economía de mercado, solo pretende favorecer a determinados particulares, apoyando la creación de grandes instituciones bancarias y empresas estatales, solventando quiebras y empresas para luego entregárselas a inversionistas privados, o proteger lo que para ellos son monopolios; denunciando que el Estado solo interviene para proteger a los empresarios del transporte, los de la construcción, los medicamentos, y sectores que le interesan, con miras a la futura financiación de campañas políticas.

La denominada racionalización de la economía empieza a aparecer solo hacia el año 1966 en las discusiones de los economistas, por lo que se expiden las primeras normas contra la especulación y el acaparamiento, precursoras aquellas, de las que hoy contempla el Capítulo VII de la Ley 1480 de 2011 sobre protección al consumidor, acerca de la especulación, acaparamiento y usura; Estatuto, que además después de definir las en el artículo 55, complementa en el artículo 61, con las sanciones correspondientes.

Con fundamento en la Carta Política anterior, el presidente de la República, en ejercicio del artículo 76 ordinal 12, reglamentó la Ley 73 de 1981 en algunos aspectos: control de la distribución o venta de bienes y servicios; y establecimiento de sanciones y procedimientos para imponerlas a quienes violen sus disposiciones por el término de un año. Esta reglamentación solo se dio en una forma muy parcial, y el contenido de la misma se quedó muy corto, como lo advierten los autores Alejandro Augusto Bañol y Alfredo Yesid Pérez en su obra *“La intervención del Estado y las Normas de Protección al Consumidor”*³¹, cuya publicación data de junio de 1991. En la misma, señalan como el Ministro de Gobierno expidió para aquel entonces, el Decreto 1320 del 7 de mayo de 1982, por medio del cual reglamentaba parcialmente la Ley 73 de 1981, y que también suscribían la Ministra de Trabajo y Seguridad Social y el jefe del Departamento Nacional de Planeación.

30 MAYNARD KEYNES, John

31 BAÑOL B. Alejandro y PEREZ A. Alfredo. *Intervención del Estado y Normas de Protección al Consumidor*. Asociación de consumidores de Medellín. Junio de 1991.

El primer intento de expedir un estatuto del consumidor podría decirse entonces que fue esa Ley 73 de 1981 *“Por la cual el Estado interviene en la distribución de Bienes y Servicios para la Defensa del Consumidor, y se concedían unas facultades Extraordinarias”* vale la pena anotar, que el movimiento de los consumidores en Colombia tuvo origen directo en el artículo 32 de la Constitución Nacional y en el numeral 8 de la Ley 73 de 1981 que rezaba en su numeral 8:

“Regulación de todo lo relativo a la organización, reconocimiento y régimen de control y vigilancia de las Asociaciones y Ligas de consumidores, así como las condiciones bajo las cuales pueden colaborar con el Estado, con el carácter de policía cívica, en su acción de protección al consumidor y participar en los organismos y dependencias que, en desarrollo de esta misma Ley, puedan crearse”.

Sostienen Bañol y Pérez, precursores con Ariel Armel del movimiento de los consumidores en Colombia, que estos criterios genéricos fueron concretados en los decretos 1441 de 1982 (*“Por el cual se regula la organización, el reconocimiento y el régimen de control y vigilancia de las ligas y asociaciones de consumidores y se dictan otras disposiciones”*); el 3466 del 2 de diciembre de 1982 (*“Por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas, y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores, proveedores, y se dictan otras disposiciones”*); el 3467 de 1982 (*“Por el cual se dictan unas normas relativas a las ligas y asociaciones de consumidores”*) y el 3468 de diciembre 2 de 1982 (*“Por el cual se crea y organiza el Consejo Nacional de Protección al Consumidor”*) que reglamentaron lo referente al movimiento de consumidores en el país.³²

El artículo 2 del Decreto 1441 de 1982 trata de las “condiciones o requisitos de organización”, con los cuales se cuenta, como determinar el objeto social, el número de sus integrantes que no puede ser inferior a 25, y su territorio de actividades.

El artículo 4 indica la “constitución y reconocimiento” así:

“Las ligas de consumidores se constituirán por medio de documento privado, suscrito por todos y cada uno de los fundadores, con indicación de sus documentos de identidad y domicilio, así como la fecha y hora del acto de constitución y de la cobertura espacial de la Liga. La persona que en dicho acto haya sido designada como representante legal de la liga, solicitará el reconocimiento como tal al Alcalde del Municipio en el cual se haya organizado y adjuntará al efecto copia auténtica del documento de constitución.

El reconocimiento se hará mediante Resolución del Alcalde, siempre y cuando se reúnan las condiciones exigidas en el artículo 2°.”

En cuanto al número de personas que forman la Liga de Consumidores se asemeja a lo exigido para los sindicatos de trabajadores de base.

³² BAÑOL B. Alejandro y PEREZ A. Alfredo. Intervención del Estado y Normas de Protección al Consumidor. Asociación de consumidores de Medellín. Junio de 1991.

El artículo 6 del Decreto 1441 de 1982 indica que:

“podrán constituir asociaciones de consumidores a nivel municipal, comisarial, intendencial, departamental o nacional, mediante la agrupación de ligas o de asociaciones de consumidores entre sí, según el caso, o con sindicato de trabajadores, cooperativas de trabajadores o de consumo, asociaciones de padres de familia, asociaciones de pensionados, juntas de acción comunal.”

Este Decreto 1441 de 1982, otorgo veintiuna funciones a las Ligas y Asociaciones de consumidores, entre las cuales podemos mencionar: la incontaminación de los alimentos, del aire y del agua, así como la imposición y efectividad de las sanciones que, según las normas aplicables, cupieren a quienes los contaminen. Y la difusión amplia de los derechos del consumidor y de las instituciones y mecanismos existentes para su defensa.

El Decreto 3468 de 1982, crea el Consejo de Protección al Consumidor integrado por: El Ministro de Desarrollo o su delegado, El Ministro de Agricultura o su delegado, el jefe del Departamento de Planeación, el Superintendente de Industria y Comercio y tres representantes de la Confederación colombiana de consumidores.

Las funciones consagradas son entre otras las siguientes: Velar por el cumplimiento de las disposiciones legales de protección al consumidor, asesorar al Superintendente de Industria y Comercio y sugerir al Gobierno Nacional medidas y reformas que estime convenientes.

Se establece que la libertad económica que conlleva la libertad de empresa y la libre competencia es un derecho de rango constitucional. El artículo 333 de la Constitución Nacional la consagra en los siguientes términos:

“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.

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 delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación.”

Sería injusto ignorar, aunque en la realidad tuvo muy poca aplicación, la promulgación de la Ley 155 de 1959, también denominada ley antimonopolística o antimonopolios, precursora en materia de competencia. forma acelerada a desarrollarse y aplicarse las normas en esta materia, particularmente en sectores económicos como el industrial, el bancario, el portuario, la seguridad social, los servicios públicos domiciliarios, la televisión y el comercio exterior.

En efecto, bajo la constitución de 1991 que garantiza la iniciativa privada y la libertad de empresa, se expiden el Decreto 2153 de 1992 que reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y contiene la nueva normatividad general sobre competencia, así como las leyes 142 de 1994 o Ley de Servicios Públicos domiciliarios y 143 de 1994 o Ley Eléctrica, leyes que consagran expresamente disposiciones en materia de competencia aplicadas a los actos y contratos que ejecuten las empresas en el mercado de los servicios públicos domiciliarios, pero además se consagra dentro de los contratos condiciones uniformes, un sitio especial para los usuarios de servicios públicos.

2.1. LA NOCIÓN DE CONSUMIDOR - USUARIO

La etimología de la expresión consumidor tiene una doble acepción: 1) del latín consumo, are= hacer la suma, terminar (la consumación del matrimonio); 2) del latín consumo, ere= destruir. Históricamente el derecho del consumo nace de la necesidad de proteger una categoría particular de sujeto de derecho: de los consumidores. Esta noción aun en crisis, como podremos observarlo más adelante, es la que precede a la del derecho del consumidor.

El derecho del consumidor, a diferencia de nuestro país, nace y evoluciona en los confines de otras disciplinas como el derecho de las obligaciones, el de algunos contratos especiales, del derecho económico y va dando lugar a una discusión muy presente en otros países, plena de nueva y cada vez más renovada jurisprudencia antes de ser codificado, lo que explica las dificultades de asimilación por nuestros altos tribunales, y la manera tímida, como se pronunciaron durante la vigencia del Decreto 3466 de 1982, nuestro primer estatuto del consumidor.

Esa es la razón por la que un derecho que hizo su aparición y empezó a desarrollarse en los años 1960 para intervenir la vida civil con la idea de impedir la imposición de cláusulas draconianas a los ciudadanos, y que ha venido afirmando desde aquel entonces su autonomía, aparece aun tan extraño y desconocido en nuestro medio, donde la teoría general de las obligaciones y de los contratos, se sigue enseñando con ejemplos concebidos para el siglo XIX y una sociedad rural.

Hacia 1962 el Presidente J.F Kennedy en su “discurso sobre el Estado de la Unión” constata que los consumidores representan el grupo económico más importante y menos escuchado, para invitar al Congreso de su país a brindarles una legislación específica, las primeras normas de la siguiente década en adelante Venezuela (1974), México (1976) y Colombia en (1982). Merece destacar también las Directrices para la protección del Consumidor expedidas por la Organización de las Naciones Unidas en 1985, que fue la que colocó el tema en la agenda mundial.

La Ley 1480 de 2011 en su objeto retoma ese espíritu y tiene por objeto:

“proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como amparar el respeto a su dignidad y a sus intereses económicos”

El derecho del consumidor es un derecho de actos mixtos. El derecho del consumidor se establece a partir de la calidad de los contratantes, y diferencia los contratos entre aquellos concluidos entre los profesionales y los consumidores, de los que ordinariamente celebran entre sí solo los profesionales, o que se celebran exclusivamente entre consumidores. Por esto afirmamos que está compuesto de actos mixtos, ya que no concierne solo al consumidor, sino también al profesional que frecuentemente es un comerciante, sea como con-contratante del consumidor, sea, lo que es más escaso, como cliente de otro profesional, lo que conduce a preguntarse sin cesar, cual es el verdadero alcance de la expresión consumidor.

El consumidor es definido legalmente en forma diferente según los dispositivos aplicables en cada país. Algunos critican esta situación y esperan una armonización que otros juzgan que no es conveniente, porque no permitiría ajustar y adaptar las diferentes protecciones, de acuerdo con los diferentes contextos. Así se hace referencia a ciertas características tales como los no profesionales para poder hacer beneficiarios de la protección acordada a los consumidores, también a ciertos profesionales y ciertas personas jurídicas, o persona física.

Para excluir en tanto sea posible a los profesionales de la protección vinculada a la calificación de consumidor, una distinción ha sido creada según que el consumidor final profesional, contrate para un uso personal o doméstico o para un uso profesional, en el sentido en que el contrato tiene una relación directa con su actividad profesional; el segundo a diferencia del primero, no sería protegido por el derecho del consumidor salvo que él pueda ser considerado como un profesional “profano” frente a un profesional “sapiante”. Y así resultará curiosamente que la misma persona será o no protegida en función del contexto de la operación que ella concluye y no por su real vulnerabilidad que caracterizan los jueces. El consumidor es así considerado “no de manera técnica” en tanto que simple utilizador de un bien, sino más que todo como elemento de un sistema socio-económico al seno del cual el ejerce una función vinculada a múltiples factores”³³

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia manifestó:

“En ese orden de ideas, para estos efectos estima la Corte que, con estrictez, siempre será forzoso indagar en torno a la finalidad concreta que el sujeto – persona natural o jurídica- persigue con la adquisición, utilización o disfrute de un determinado bien o servicio, para reputarlo consumidor sólo en aquellos eventos en que contextualmente, aspire a la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar, doméstica o empresarial – en tanto que no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica propiamente dicha, aunque pueda estar vinculada, de algún modo al objeto social- que es lo que constituye el rasgo característico de una verdadera relación de consumo. Este Punto de vista, cabe resaltar, es el que puede identificarse en numerosos ordenamientos jurídicos que, como adelante se examinará, catalogan únicamente como consumidor a quien sea destinatario final del bien o servicio, o, por otro lado, exigen que la adquisición o utilización esté ubicada por fuera de la esfera de la actividad profesional o empresarial de quien se dice consumidor (...).”³⁴ (Subrayado fuera del texto).

³³ FERRIER, Didier. Droit de la Distribution. Ed. LexisNexis.

³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 3 de Mayo de 2005, expediente 1999-04421-01, Magistrado Ponente: Cesar Julio Valencia Copete.

El derecho europeo exige que el consumidor sea una persona física, por el contrario, el derecho francés y el derecho colombiano admiten que el consumidor pueda ser una persona jurídica. Existen antecedentes de la jurisprudencia colombiana que se refirieron a la noción de consumidor a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional.

La Sentencia SC072 Sala de Casación Civil Corte Suprema de Justicia del 3 de mayo de 2005, exp. 1999-04421, que dejó en firme la sentencia de la Sala Civil del Tribunal Superior de Villavicencio (productos defectuosos) en la que se analizó la conducta de una fábrica de aviones a la que se le endilgaba defecto de fabricación de una aeronave, hace relación a la noción de consumidor. Se hace énfasis en que la calidad de consumidor depende de determinadas condiciones predicables de una situación concreta, y que no todos los sujetos que interactúan en el tráfico de bienes y servicios conforman la categoría de consumidores. Finalmente, la Corte se muestra partidaria de que la definición de consumidor obedece a aquellos eventos en que contextualmente se aspire a la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar, doméstica o empresarial, en tanto que no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica propiamente dicha, aunque pueda estar vinculada de algún modo a su objeto social.³⁵

En la doctrina existe una noción de consumidor que se denomina amplia que afirma que consumidor es toda persona que contrata para satisfacer necesidades personales y profesionales, pero exceptúa de la noción de consumidor al que compra para revender. Por otra parte, también existe la noción restrictiva, que considera consumidor solo a quien contrata con el fin de satisfacer necesidades personales y familiares, exceptuando a quien adquiere con un fin profesional.

Antes de las precisiones que aporta la Ley 1480 de 2011, se discutía acerca de si una sociedad de un profesional, que contrataba con otro profesional, pero bienes o servicios que estuvieran por fuera de su objeto social, era o no consumidor.

Dice el artículo 5, apartado e, de la Ley 1480 de 2011 que es consumidor o usuario,

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

Es menester señalar que la CORTE CONSTITUCIONAL, en Sentencia C-1141 de 2000, sobre los derechos de los consumidores señala lo siguiente:

“Los derechos del consumidor, no se agotan en la legítima pretensión a obtener en el mercado, de los productores y distribuidores, bienes y servicios que reúnan unos requisitos mínimos de calidad y de aptitud para satisfacer sus necesidades, la cual hace parte del contenido esencial del derecho del consumidor. El derecho del consumidor, cabe advertir, tiene carácter poliédrico. Su objeto, en efecto, incorpora pretensiones, intereses y situaciones de orden sustancial (calidad de bienes y servicios; información); de orden procesal (exigibilidad judicial de

³⁵ Corte suprema de Justicia (7 de diciembre de 2007) M.P. Carlos Julio Valencia
Corte Suprema de Justicia (30 de abril de 2009) M.P. Pedro Munar
Corte Suprema de Justicia (19 de noviembre de 2009), M.P. Jaime Arrubla Paucar

garantías; indemnización de perjuicios por productos defectuosos; acciones de clase etc.); de orden participativo (frente a la administración pública y a los órganos reguladores)”.

Es así como nace la denominada “*relación de consumo*” y el “*acto de consumo*”, es decir cuando las convenciones o los contratos no son en principio concluidos por las necesidades de una actividad profesional. No obstante, en el caso colombiano la Ley 1480 de 2011 considera también consumidores a las personas jurídicas, siempre que el acto de consumo no se relacione directamente con la actividad comercial que el empresario desarrolla habitualmente. No sobra anotar, que existen casos complejos porque hay que establecer en estos casos quien es considerado un consumidor cualificado.

2.1.1. La influencia del derecho de la competencia y el derecho del usuario-consumidor

Según Schumpeter el desarrollo económico resulta de la puesta en marcha de combinaciones nuevas, bajo la forma de técnicas nuevas, de modos nuevos de organización, de productos nuevos, que por el juego de la competencia entrañan la eliminación de combinaciones antiguas. El empresario que ha conducido así los recursos productivos en las vías nuevas recoge el beneficio, pero toda competencia no es schumpeteriana, contrariamente a lo que se predica, sin distinguir con cuidado entre las diferentes formas de competencia. Ahora bien, esas formas pueden ser muy diferentes en sus efectos. Los usuarios de transporte en común, en las grandes ciudades de la provincia británica han tenido la experiencia, que es descrita en un informe de la Cámara de los Comunes. No es raro que la rivalidad sobre las calles conduzca a los conductores de bus a retardarse en las vías arterias o a detenerse frecuentemente, o incluso a hacer desvíos para llegar primero a tales lugares. La primera de estas prácticas provoca congestiones en la circulación, la segunda es potencialmente peligrosa”.

La competencia es benéfica cuando introduce productos nuevos, amplía mercados, baja los costos de producción, reemplaza a los productores menos eficientes por los productores más eficientes. La competencia es dañina cuando las perspectivas de diversificación de los productos y la selección de los productores son insuficientes. Tiene por principal efecto multiplicar los costos fijos y bajar los rendimientos, si estos son crecientes. La entrada libre sobre el mercado, que es una modalidad esencial del juego de la competencia, resulta la causa de un aumento general de los costos de producción. Entonces, también, en reacción, para prevenir la entrada o el desarrollo de empresas competidoras, las empresas locales instalan capacidades de producción excedentarias o las renuevan prematuramente; cada una, con el temor de ser superada por las otras, es incitada a cambiar exageradamente el ciclo de vida de sus productos. A estos desperdicios se agrega la tentación de transgredir las reglas de juego, cuyo respeto, haya o no fuerza legal, es de interés público; lo son por ejemplo compañías de gas que manipulan las condiciones de servicio y desnaturalizan los productos de los concurrentes, o transportadores terrestres de mercancías y ciertas compañías aéreas que transgreden las normas de seguridad y la legislación del trabajo. Esta competencia lejos de favorecer la indispensable coordinación económica y social, la contrarían singularmente.

Eli Cohen y Claude Henry, por ejemplo, no dudan en afirmar lo siguiente, en el informe del Consejo de Análisis Económico Francés al Primer Ministro de ese país. En lo que concierne a la electricidad, la estructura y el dimensionamiento a largo término del parque de producción, de una parte, la eficacia del ajuste permanente entre producción y consumo, por otra parte, demandan una fuerte coordinación y compromisos creíbles, poco compatibles con las formas directas de competencia. A falta de una programación sobre un largo periodo de los equipos de producción, sólo las tecnologías que aseguran una rentabilidad a corto término son las que se ponen en marcha. A falta de un centro de coordinación en la medida de seleccionar en todo momento las centrales capaces de funcionar más eficientemente en ese momento, no puede haber utilización eficiente de las capacidades de producción disponibles.

No puede olvidarse que el acceso a los servicios públicos, si bien no es un derecho fundamental, si es indispensable para el ejercicio de los derechos fundamentales. Y si la competencia no es un fin en sí misma, sino un medio para que el hombre viva mejor, la primera pregunta puede ser:

- ¿En qué el derecho de la competencia sirve realmente el interés del consumidor? Partiendo de una visión simple de la economía donde los individuos son siempre, circularmente, consumidores o productores, la competencia es el precio que los productores deben consentir para beneficiar como consumidores de la más grande libertad de escogencia posible. Y si además se considera que la satisfacción de los consumidores es la finalidad última de la actividad económica, la competencia define la disciplina que permite cumplir tal fin.

Desde luego toda estructura de conductas anticoncurrenciales debe ser condenada y por consecuencia el derecho de la competencia encuentra su legitimidad en la vocación de defender la libertad de los consumidores contra el abuso eventual de mercaderes y fabricantes. Dentro de esta perspectiva el derecho de la competencia protege a los actores del mercado contra las prácticas restrictivas y los actos de acaparamiento cometidos por alguno de estos. En este orden de ideas, la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios (Ley 142 de 1994) persigue como uno de sus objetivos fundamentales, lograr la eficiencia y calidad en la prestación de los servicios públicos, la ampliación en la cobertura, la invitación a la participación privada, la separación de los roles del Estado, la racionalización del régimen tarifario y la administración de subsidios en forma eficaz, a través de disposiciones que promueven la competencia.

Para Quijano Aponte “se podría decir que a través de las normas que consagra esta ley (en cuanto al régimen de competencia) lo que se pretende es asignar de manera eficiente y libre los recursos humanos, técnicos ambientales, de infraestructura, espacio público que tienen a disposición las personas prestadoras de los servicios públicos teniendo en cuenta los costos de la actividad y los precios finales de los servicios que ofrecen, atacando los acuerdos, actos convenios y/o abusos de posición dominante en el mercado. En últimas la finalidad de las mismas es proteger a los consumidores que al momento de adquirir los bienes y servicios que se ofrecen, celebran un contrato de prestación del servicio en condiciones uniformes, cuya ejecución es controlada por las Comisiones de Regulación.

El derecho de la competencia ejerce entonces su misión aplicando un pequeño número de principios y vela por el mantenimiento de la independencia financiera o jurídica de los oferentes, porque es este estado de rivalidad que excluye acuerdos y colusiones el que le hace tomar conciencia de los riesgos que los proyectos de sus competidores les hacen correr: se trata de hacer prevalecer la independencia de los productores, de manera que todos sean incitados a satisfacer mejor los intereses de los clientes. Así mismo, las normas de la competencia dan a las autoridades públicas la misión de vigilar los abusos de posiciones dominantes, de reprimir los abusos y controlar las operaciones de concentración. En el plano filosófico, este derecho no prejuzga los resultados finales de un juego económico que permanece abierto, indeterminado, irresoluto: el no dicta a los consumidores lo que deben comprar, el no fija el precio de venta de los productos, ni efectúa la repartición del mercado.

Nos estamos situando entonces en las antípodas de un régimen de planificación centralizada, de control autoritario de precios, de repartición de mercados, también si una cierta concepción del equilibrio general de los mercados de competencia pura y perfecta ha dado lugar a creer que un plan central podía determinar un equilibrio óptimo conformándose a las indicaciones virtuales de una economía hipotética de competencia perfecta.

En estas condiciones la causa de los consumidores parece ser integral y exclusivamente defendida por un derecho cuya misión es hacer de tal suerte que los consumidores puedan obtener el máximo de satisfacciones, del ejercicio de sus escogencias individuales racionales.

Surgen entonces algunas preguntas en torno a la relación derecho de la competencia-derecho del consumidor, como las siguientes: ¿Puede sostenerse hoy como una evidencia absoluta que el interés del consumidor depende estrictamente del solo respeto derecho de la competencia y de las autoridades encargadas de imponerlo? ¿Si ese derecho de la competencia no sirve el interés de los consumidores a título exclusivo, lo sirve al menos a título principal? ¿Para la jurisprudencia que coloca en marcha el derecho de la competencia, el consumidor puede llegar a ser indiferente? ¿Existen otros estatutos o normatividades especiales que se hayan encargado de llenar este vacío?

2.2.2. La noción de la relación de consumo

En forma previa es conveniente establecer la diferencia entre la relación de consumo y el contrato de consumo. En síntesis, la relación de consumo es el género o el continente, y el contrato de consumo es la especie o una de las formas de relación de consumo. La noción relación de consumo no había sido utilizada en nuestro derecho hasta la aprobación de la Ley 1480 de 2011 en el segundo párrafo del artículo 2° que se refiere al objeto del Estatuto y reza así

“...Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial. Evento en el cual aplicara la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta ley.”

El concepto de relación de consumo no debe circunscribirse a la noción de contrato. Es una noción que avanza de manera extensiva, gracias al aporte que brinda una evolución jurisprudencial con asiento en Europa, y que ha permeado nuestro derecho positivo, a partir de la Ley 1480 de 2011, donde se señala que la relación de consumo se entiende como *“el vínculo jurídico entre el consumidor y el proveedor”*³⁶.

Esto quiere decir que ese vínculo entre el consumidor y el proveedor puede provenir de varias modalidades y no se circunscribe a cuando exista un contrato entre los mismos. Es decir, que la relación de consumo ofrece una protección más amplia para los consumidores, porque incluye otras situaciones, que el Estatuto de defensa del consumidor, permite incluir, como podrían ser entre otras, la exposición a prácticas comerciales restrictivas, cuando los consumidores se exponen a la publicidad comercial o cuando por distintas circunstancias sufren daños, sin que pueda decirse que se encuentran dentro de la realización y ejecución del acto, razón por la cual, resulta como concepto más amplio y útil para extender esa protección.

Uno de los objetivos del derecho del consumo es conducir la relación y el acto de consumo, a una forma de reequilibrio que permita superar la desigualdad económica y jurídica que existe entre el consumidor y el profesional del comercio. Esta es la razón por la cual la **relación de consumo** está sometida a reglas específicas protectoras del consumidor, pero eso no quiere decir que el derecho común de los contratos no hubiera previsto, normas protectoras que también estaban orientadas a proteger a los contratantes. Algunos ejemplos de aquellas son las que protegen el consentimiento de los contratantes para que este se encuentre exento de vicios, reglas para la interpretación de las convenciones, en ausencia de reglas especiales para la relación y los contratos de consumo; y normas relativas a la inexecución contractual que les son aplicables.

El derecho del consumo es objeto permanente de especulación en cuanto a sus límites. Algunos doctrinantes propenden por su expansión, mientras que otros solicitan que se conserve dentro de sus barreras naturales, porque según señala D. Mazeaud,³⁷ su extensión puede conducir a su disolución al ser absorbido por la densidad del derecho de las obligaciones, perdiendo así la legitimidad que ha adquirido. No sobra anotar que el derecho del consumidor se introduce en el derecho contractual, renovando sus fuentes y revivificando ciertos principios y conceptos.

En concepto del profesor Calais Auloy, si todo contrato previamente redactado es un contrato de adhesión, lo inverso no siempre resulta verdad, porque ciertos contratos de adhesión pueden serlo, aunque no sean escritos sino celebrados verbalmente, como cuando se le compra a un comerciante que no tiene en su presencia la mercancía.

Los contratos previamente redactados obedecen a diferentes orígenes. Ciertos son obra de un profesional que lo propone a sus clientes, los otros por un sindicato o cualquier asociación que lo propone a sus miembros. Los contratos preestablecidos pueden asumir diversas formas: son algunas veces, contratos tipos; documentos impresos que suscribe el consumidor; a veces de condiciones generales a los cuales se refiere el contrato expresa o tácitamente, a veces escritos que son pegados en los locales o enviados a los clientes. Sin embargo, se trata de lo mismo. Un texto escrito redactado por una persona que tiende a imponerse a una masa de personas.

³⁶ Ley 1480 de 2011.

³⁷ MAZEAUD, Denis et JAMIN, Christophe; obra colectiva. *Les Clauses Abusives entre Professionnels*. Ed. Economica.

2.2. LA PREPARACIÓN DE LA RELACIÓN DE CONSUMO

La protección de la libertad de contratar, pasa por la obligación de brindar información al consumidor, y de recibir información veraz e imparcial.

El artículo 78 de la Constitución Nacional señala que:

“La ley debe regular el control de la calidad de los bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información” y agrega “serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y comercialización de bienes o servicios atenten contra la salud y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios”.

En tanto que el artículo 20 de la Carta Política garantiza a toda persona:

“...la de informar y recibir información veraz e imparcial”.

El legislador inspirado por la ideología americana, parte del postulado que el consumidor es inteligente y libre cuando se encuentra informado. Comparto con el profesor Carbonier que:

“...durante toda la historia de los hombres, la información e incluso la educación, no siempre obtienen suprimir los vicios del carácter, de la inteligencia y de la libertad”

Como señala Ivainer *“El técnico debe ilustrar al profano, la buena fe del profesional implica la obligación de colocar al profano en su nivel de conocimientos para así tratar con armas iguales”*³⁸ Esta fórmula coloca el acento en el fundamento de la obligación de información que es lograr el reequilibrio contractual.

2.2.1. La información que debe dar el profesional

El desequilibrio en las relaciones entre profesionales y consumidores se fundamenta en buena parte en la desigualdad de la información entre los profesionales que conocen bien sus bienes y sus servicios que colocan sobre el mercado, en tanto que los consumidores, por diferentes causas, no siempre pueden hacer una comparación precisa entre los productos similares, antes de realizar el acto de consumo. La obligación general de información no solo comprende el derecho del consumidor. Esto no quiere decir que esta obligación general de información excluya normas específicas de información en favor de los consumidores, y en esto no hay incompatibilidad como lo ha considerado reiteradamente la jurisprudencia.

En efecto, el hecho que se proteja al consumidor mediante técnicas como el derecho de arrepentimiento, los plazos de reflexión, las menciones informativas obligatorias en beneficio de estos contratantes presumidos en estado de debilidad en razón de su estado o de circunstancias de conclusión del acto de consumo, no quiere decir que paradójicamente, frente a estos, se excluyan los modos de defensa del derecho clásico.

³⁸ De l'ordre technique a l'ordre publique technologique, JCP, 1972 I 2495.

Lo que el legislador en el caso del derecho del consumidor prevé, es una obligación de información, cuyo contenido es más detallado y estricto que en el derecho clásico, pero tampoco en esta materia puede imponerse al profesional obligaciones suplementarias (por ejemplo, más menciones obligatorias de las que legalmente deben figurar).

2.2.1.1. La obligación general de información

El Estatuto del Consumidor³⁹ en el Título V se ocupa de la información que debe dar el profesional al consumidor. El artículo 5 y el artículo 23 del estatuto del consumidor se refieren a este aspecto en forma general.

El artículo 5 al definir información en el numeral 7, señala:

“7. Información: Todo contenido y forma de dar a conocer la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad, y toda otra característica o referencia relevante respecto de los productos que se ofrezcan o pongan en circulación, así como los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización”.

Por su parte, el artículo 23 se refiere a la información mínima que debe recibir el consumidor de parte de los proveedores y productores estableciendo que debe ser clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos que ofrezcan y, sin perjuicio de lo señalado para los productos defectuosos, serán responsables de todo daño que sea consecuencia de la inadecuada o insuficiente información. En todos los casos esta información mínima debe estar en castellano.

2.2.1.2. Los contornos de la obligación de información

Los límites de la obligación de información no suelen estar bien definidos. El artículo 1603 del código civil colombiano establece que:

“los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenezcan a ella”.

Recordemos que mientras en el código civil y comercial colombiano no existe propiamente una obligación de información precontractual, sino una obligación de lealtad y buena fe; en el estatuto del consumidor, está prevista expresamente la obligación de información, razón por la cual, ante la complejidad y peligrosidad de algunos productos en derecho del consumidor se ha examinado por la jurisprudencia la diferencia entre obligación de información y obligación de consejo.

39 Ley 1480 de 2011.

No sobra mencionar, que no es lo mismo información que publicidad. La información tiene por objeto describir de manera objetiva las características de un producto o un servicio. Por el contrario, la publicidad tiene por fin atraer un consumidor, y llevarlo a adquirir un bien o un servicio.

El artículo 29 de la Ley 1480 de 2011 señala:

“Artículo 29. FUERZA VINCULANTE. Las condiciones objetivas y específicas anunciadas en la publicidad obligan al anunciante, en los términos de dicha publicidad”

La publicidad siempre ha despertado apreciaciones muy radicales y contradictorias, que son objeto de un gran debate acerca de los límites que deben asignarse a la persuasión publicitaria. La exigencia de una publicidad que sea leal y verídica, que no sea mentirosa, engañosa o abusiva, es lo que predomina en la doctrina como consenso a respetar en este dominio.

El tema no resulta para nada pacífico. Hasta dónde puede llegar la persuasión publicitaria, sin constituir una conducta de competencia desleal según la Ley 256 de 1996. La legislación colombiana es amplia de criterio y acepta incluso el que se pueda hacer una comparación de productos, siempre y cuando la información sea real, cierta y corresponda con la realidad. La ley no permite omitir verdades o hacer indicaciones incorrectas o falsas, y cualquier otro tipo de prácticas que sean susceptibles de inducir en error a quienes está dirigida la información o la publicidad, acerca de la actividad, o prestaciones mercantiles o los establecimientos ajenos; así como la naturaleza, el modo de fabricación, las características, las aptitudes, el empleo y la cantidad de los productos. Será entonces desleal toda conducta que tenga por objeto o efecto inducir al público en error sobre la actividad, prestación mercantil, o establecimiento ajeno.

El Estatuto del Consumidor vela porque el consumidor se encuentre bien informado, razón por la cual la publicidad debe ser veraz en cuanto a la información presentada, sin omitir la que es obligatoria en determinados casos.

2.2.1.3. La prueba y las sanciones de la obligación de información

Durante mucho tiempo se consideró que la carga de la prueba recaía sobre la parte que se quejaba de la inejecución. Esta solución que era conforme a los principios generales del derecho probatorio tenía una seria dificultad y era que el acreedor de la obligación era quien tenía que probar un hecho negativo, lo que era muy difícil. Más adelante, la jurisprudencia en el derecho comparado avanzó y estableció que aquella parte que esta legal o contractualmente obligada a una obligación de información es a quien le corresponde la prueba de la ejecución”

Como todo contrato, el contrato de consumo supone cuatro condiciones de validez: la capacidad de las partes, el consentimiento y una causa y un objeto lícito. Por lo general la ausencia de información portando sobre un elemento esencial conduce a la nulidad del contrato. El artículo 1740 del Código Civil colombiano señala:

“Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes”

Decíamos que la obligación de información que surgió inicialmente como accesoria en el derecho de los contratos, se ha ido transformando en una obligación principal en los contratos entre profesionales y consumidores, porque como lo señala la doctrina predominante que las convenciones obligan no solamente a lo que sea ha expresado, sino a todo aquello que la equidad, los usos o la ley le exigen a la obligación según su naturaleza.

Más allá del principio de la buena fe contractual, incorporado en la teoría clásica de las obligaciones y de los contratos y que significa que las personas deben celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y, en general emplear con los demás una conducta leal; el derecho del consumidor obliga al profesional a que brinde toda la información que sea necesaria e idónea al primero para el manejo y utilización de los productos, así como los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización (Art. 5. Nral 1.3); pero cualquier miembro de la cadena de producción, distribución o comercialización tenga conocimiento de que al menos un producto fabricado, importado o comercializado por él tiene un defecto que ha producido o puede producir un evento adverso que atente contra la salud, la vida o la seguridad de las personas debe informar el hecho dentro de los tres días calendario siguientes a la autoridad que determine el Gobierno Nacional, según el artículo 19 de la Ley 1480 de 2011 que establece:

ARTÍCULO 19. DEBER DE INFORMACIÓN. Cuando un miembro de la cadena de producción, distribución y comercialización, tenga conocimiento de que al menos un producto fabricado, importado o comercializado por él, tiene un defecto que ha producido o puede producir un evento adverso que atente contra la salud, la vida o la seguridad de las personas, deberá tomar las medidas correctivas frente a los productos no despachados y los puestos en circulación, y deberá informar el hecho dentro de los tres (3) días calendario siguientes a la autoridad que determine el Gobierno Nacional. PARÁGRAFO. Sin perjuicio de las responsabilidades administrativas individuales que se establezcan sobre el particular, en caso de que el obligado no cumpla con lo previsto en este artículo, será responsable solidariamente con el productor por los daños que se deriven del incumplimiento de esa obligación.

2.2.1.4. Las obligaciones específicas de información

Existen obligaciones especiales que debe cumplir el profesional frente al consumidor, lo que no descarta las obligaciones mínimas que ya se mencionaron y de las cuales da cuenta el artículo 23 de la Ley 1480 de 2011.

El artículo 24 se refiere a cuál debe ser el contenido de la información para que el adquirente pueda establecer las características principales del producto, su forma de uso y conservación, vencimiento del mismo, así como lo relacionado con las garantías y el precio que tiene el producto o servicio:

ARTÍCULO 24. CONTENIDO DE LA INFORMACIÓN. *La información mínima comprenderá:*

1. Sin perjuicio de las reglamentaciones especiales, como mínimo el productor debe suministrar la siguiente información:

1.1. Las instrucciones para el correcto uso o consumo, conservación e instalación del producto o utilización del servicio;

1.2. Cantidad, peso o volumen, en el evento de ser aplicable; Las unidades utilizadas deberán corresponder a las establecidas en el Sistema Internacional de Unidades o a las unidades acostumbradas de medida de conformidad con lo dispuesto en esta ley;

1.3. La fecha de vencimiento cuando ello fuere pertinente. Tratándose de productos perecederos, se indicará claramente y sin alteración de ninguna índole, la fecha de su expiración en sus etiquetas, envases o empaques, en forma acorde con su tamaño y presentación. El Gobierno reglamentará la materia.

1.4. Las especificaciones del bien o servicio. Cuando la autoridad competente exija especificaciones técnicas particulares, estas deberán contenerse en la información mínima.

2. Información que debe suministrar el proveedor:

2.1. La relativa a las garantías que asisten al consumidor o usuario;

2.2. El precio, atendiendo las disposiciones contenidas en esta ley.

En el caso de los subnumerales 1.1., 1.2. y 1.3 de este artículo, el proveedor está obligado a verificar la existencia de los mismos al momento de poner en circulación los productos en el mercado.

PARÁGRAFO. *El productor o el proveedor solo podrá exonerarse de responsabilidad cuando demuestre fuerza mayor, caso fortuito o que la información fue adulterada o suplantada sin que se hubiera podido evitar la adulteración o suplantación.*

Este artículo 24 del Estatuto del Consumidor es muy importante porque por características esenciales debe entenderse las que determinan el consentimiento del consumidor.

El artículo 25 señala que

“Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales o reglamentos técnicos o medidas sanitarias, tratándose de productos, que, por su naturaleza o componentes, sean nocivos para la salud, deberá indicarse claramente y en caracteres perfectamente legibles, bien en sus etiquetas, envases o empaques, o en un anexo que se incluya dentro de estos, su nocividad y las condiciones e indicaciones necesarias para su correcta utilización, así como las contraindicaciones del caso.”

El artículo 26 de la Ley 1480 de 2011 se refiere a la información sobre el precio del bien, Sin embargo no es solo el precio el único determinante para que el consumidor como señalamos al revisar el artículo 25 sobre condiciones especiales de ciertos productos (costos adicionales) o forma de empleo; también, por ejemplo, si el producto es enviado a domicilio y si el contrato debe suscribirse en forma electrónica, son informaciones que los profesionales no pueden obviar dentro de la obligación de informar.

ARTÍCULO 26. INFORMACIÓN PÚBLICA DE PRECIOS. El proveedor está obligado a informar al consumidor en pesos colombianos el precio de venta al público, incluidos todos los impuestos y costos adicionales de los productos. El precio debe informarse visualmente y el consumidor solo estará obligado a pagar el precio anunciado. Las diferentes formas que aseguren la información visual del precio y la posibilidad de que en algunos sectores se indique el precio en moneda diferente a pesos colombianos, serán determinadas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Los costos adicionales al precio, generados por estudio de crédito, seguros, transporte o cualquier otra erogación a cargo del consumidor, deberá ser informada adecuadamente, especificando el motivo y el valor de los mismos. En el evento de que aparezcan dos (2) o más precios, que existan tachaduras o enmendaduras, el consumidor sólo estará obligado al pago del precio más bajo de los que aparezcan indicados, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar de conformidad con la presente ley.

Cuando el producto esté sujeto a control directo de precios por parte del Gobierno Nacional, el fijado por este será el precio máximo al consumidor y deberá ser informado por el productor en el cuerpo mismo del producto, sin perjuicio del menor valor que el proveedor pueda establecer.

PARÁGRAFO 1o. Los organismos o autoridades encargados de establecer o fijar precios de bienes o servicios ordenarán la publicación de las disposiciones respectivas en el Diario Oficial y al menos en dos (2) diarios de amplia circulación nacional. Los proveedores y productores tendrán dos (2) días a partir de la publicación en el Diario Oficial, para adecuar todos sus precios a lo ordenado por la autoridad.

PARÁGRAFO 2o. La Superintendencia de Industria y Comercio determinará las condiciones mínimas bajo las cuales operará la información pública de precios de los productos que se ofrezcan a través de cualquier medio electrónico, dependiendo de la naturaleza de este”.

2.3. LA INFORMACIÓN DEL CONSUMIDOR POR LOS SIGNOS DE IDENTIFICACIÓN

Para mejorar la información de los consumidores, el legislador ha contemplado la posibilidad de utilizar signos distintivos sobre ciertos productos para demostrar sus cualidades. Esta clase de signos que valorizan los productos, motivan a los productores a adquirirlos.

No se debe confundir esta clase de signos con las simples marcas que son signos de representación gráfica que sirven para distinguir productos o servicios de una persona física o jurídica, y que es importante recordar que tienen el objetivo de atraer y fidelizar una clientela (Estas últimas no pueden ser utilizadas más que por sus titulares, y en principio su objetivo no es proteger a los consumidores como ocurre con las apelaciones y denominaciones de origen, los *labels* y certificaciones y la aposición de la marca NF (mirar el equivalente en Colombia. Normas que garantizan la total seguridad de los productos. Tema normalización).

Desde el punto de vista comunitario europeo, están las apelaciones de origen, el *label* ecológico (tiene por objetivo el promover los productos susceptibles de reducir los impactos nefastos sobre el medio ambiente por comparación con otros productos de la misma categoría, lo que contribuye a la utilización eficaz de los recursos y a elevar el nivel de la protección del medio ambiente. La realización de este objetivo según la comunidad europea pasa por el suministro a los consumidores de consejos de información precisos, exactos y científicamente establecidos concernientes a estos productos) y una marca comunitaria de la CE que busca armonizar las legislaciones en materias de salud y de seguridad, que han denominado “*nueva aproximación*”

2.3.1 La apelación de origen

La apelación de origen es la indicación de un lugar geográfico utilizado por los productores de un país, una región o una localidad. La notoriedad de esta apelación de origen hace presumir ciertas características del producto que ella designa. Las apelaciones de origen se aplican a productos agrícolas, a productos artesanales o manufacturados. La apelación de origen contiene siempre una denominación geográfica, pero toda denominación geográfica no constituye una apelación de origen porque ciertos nombres geográficos que se colocan sobre los productos solo constituyen indicaciones de proveniencia, o han caído ya en el dominio público y cualquiera los puede utilizar, o simplemente son utilizados como marca para distinguir productos o servicios.

2.3.2 El label ecológico

El *label* ecológico está previsto en el reglamento de la Comunidad Económica Europea⁴⁰ y busca promover la concepción, la producción, la comercialización y utilización de productos que tengan un efecto menor sobre el medio ambiente durante su ciclo de vida, e informar mejor a los consumidores de la incidencia que tienen estos productos sobre el medio ambiente. Están expresamente excluidos del texto comunitario, los alimentos, las bebidas y los productos farmacéuticos. El Reglamento se ocupa de establecer los criterios por cada tipo de producto para quienes quieren obtener el *label*, según cada categoría y enuncia las condiciones a las cuales deben responder los titulares del *label* y las condiciones de su utilización. Posteriormente se expidió el Reglamento Nro 66 del 25 de noviembre de 2009 que ha instituido un *label* ecológico para toda la Unión Europea, y que se otorga teniendo en cuenta objetivos europeos en materia de ambiente y ética, tratándose en particular la incidencia de los productos y servicios sobre el cambio climático, la naturaleza de la biodiversidad, el consumo de energía y de recursos, la producción de basuras, la polución, las emisiones y sustancias peligrosas para el medio ambiente; el remplazo de sustancias peligrosas por sustancias más seguras; el carácter durable y las posibilidades de reutilización de los productos; el impacto final sobre el medio ambiente, comprendiendo la salud y la seguridad de los consumidores; el respeto de los estándares sociales y éticos, tales como las normas internacionales del trabajo; la toma en cuenta de otros criterios establecidos en otros *labels* nacionales o regionales; y la reducción de pruebas practicadas sobre los animales. El *label* no puede ser otorgado a productos que contengan sustancias clasificadas por el Reglamento (CE) Nro 1272 de 2008 como tóxicas, peligrosas para el medio ambiente, cancerígenas o mutantes, o sustancias sometidas al marco reglamentario de gestión de sustancias químicas.

2.3.3 La consagración de marcas comunitarias

La marca comunitaria de la CE que busca armonizar las legislaciones en materias de salud y de seguridad, que han denominado “*nueva aproximación*” está establecida por la Resolución del 7 de mayo de 1985 Nro C 136, e implica no recurrir al procedimiento que estaba previsto en el artículo 114 TFUE sino tan solo para establecer las exigencias esenciales de salud y seguridad o ciertas exigencias imperativas a las cuales deben corresponder los productos que se encuentran sobre el mercado de la Unión Europea. De esta manera, el otorgamiento de la marca CE de conformidad del producto con las exigencias esenciales es obligatoria. Las exigencias técnicas que suponen satisfacer las exigencias fundamentales serán determinadas por normas, prioritariamente internacionales y europeas, a las cuales la directiva de armonización enviara facultativamente a los profesionales del comercio.

⁴⁰ REGLAMENTO (CE) No 1800/2000 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 17 de julio de 2000. “relativo a un sistema comunitario revisado de concesión de etiqueta ecológica”

2.4 LA LUCHA CONTRA CIERTOS PROCEDIMIENTOS DE INCITACIÓN AL CONSUMO

Existen tres fuentes de información. La publicidad comercial, la información sobre el producto y la información personalizada. por el momento nos vamos a referir a la publicidad comercial

2.4.1 La reglamentación de la publicidad

La publicidad pudo desarrollarse durante mucho tiempo sin que tuviera un control estricto, pero en los últimos años se ha producido un movimiento tendiente a la regulación, habida cuenta de los peligros que puede revestir su muy grande fuerza de persuasión. La publicidad puede utilizarse de manera dañina para la sociedad o también para realizar obras muy positivas. El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la publicidad como *“la divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etcétera y a la propaganda como la acción o el efecto de dar a conocer una cosa con el fin de atraer adeptos o compradores”*

La publicidad está definida en el artículo 5 nral 12 de la Ley 1480 de 2011, como

“toda forma y contenido de comunicación que tenga por finalidad influir en las decisiones de consumo”

La publicidad es una forma de actividad que reviste al lado de sus aspectos ético, sociológico, político, un aspecto económico. Este último papel debe guiar al legislador y a la jurisprudencia en la búsqueda de un justo equilibrio. Debe observarse que la publicidad es una carta maestra dentro del juego de la libre competencia, y de una manera más general, la libertad económica es “una conquista de la revolución y una hermana de la libertad política” como señalaba Ripert ⁴¹

Optar por el mantenimiento de la publicidad dentro del límite del libre juego de la competencia no significa nunca que se deba aceptar el abuso que ella pueda engendrar. Por esta razón el derecho continental europeo ha pasado de la idea de protección de los competidores a la de defensa de los consumidores; y todo un movimiento legislativo y jurisprudencial tiende a evitar y reprimir estos abusos. Las reglas que han aparecido como resultado de lo anterior, pueden clasificarse en tres categorías, según ellas prohíban la publicidad comparativa, repriman la publicidad engañosa o limiten la publicidad para ciertos productos.⁴²

⁴¹ RIPERT. Aspects Juridiques du Capitalisme Moderne, 1946. Nro 998, p. 2123

⁴² VELILLA MORENO, Marco Antonio, Aproximación preliminar a la publicidad comparativa, Revista Juris Consulta, Camara de Comercio de Bogota, 2004, p. 31 y sgtes

2.4.2 El valor de los documentos publicitarios

Los documentos publicitarios han suscitado importantes vacilaciones en cuanto a su valor contractual. ¿La pregunta es si los mismos constituyen una oferta de contratar y por consiguiente comprometen contractualmente a los autores de la publicidad en caso de aceptación del consumidor o son simples informaciones que no tienen la capacidad de comprometer al profesional?

Durante mucho tiempo la jurisprudencia se resistió a integrarlos en la responsabilidad contractual porque partía de la base de que se trataba de un bonus dolus y porque se entendía que el cliente debía desconfiar de las exageraciones del profesional. La jurisprudencia actual protectora del consumidor se muestra más favorable a integrar la publicidad al contrato en razón de que se trata de proteger a la parte débil. Esta solución permite moralizar la publicidad y demostrar que la publicidad puede ser fuente de derecho para los consumidores y resultar fuente de obligaciones para los profesionales.

Los documentos pueden variar desde un documento poco preciso que solo pretende hacer conocer al profesional, hasta un documento que contenga una orden de compra y un contrato completo de adhesión, caso en el cual vincula si, al autor desde el momento de la aceptación por parte del consumidor.

El Estatuto del Consumidor colombiano se inclina más por la inclusión de la publicidad como documento que puede crear obligaciones, y le da cierta fuerza vinculante cuando se refiere a condiciones objetivas y específicas.

ARTÍCULO 29. FUERZA VINCULANTE. Las condiciones objetivas y específicas anunciadas en la publicidad obligan al anunciante, en los términos de dicha publicidad.

Se trata de resolver en este artículo si la condición incluida en el documento publicitario constituye una oferta para contratar. Este debe contener todos los elementos necesarios para la conclusión de la operación proyectada, por supuesto con un cierto grado de precisión. Si el consumidor acepta la prestación prometida deberá existir un grado de concordancia entre la prestación prometida y la prestación efectivamente cumplida por el profesional

2.5 EL MARCO JURÍDICO DE LA PUBLICIDAD

Los empresarios pueden desarrollar publicidad para conseguir una clientela. Pero cuales son los límites para no conducir a adquirir compromisos de manera irreflexiva. Para la Corte Europea de derechos humanos “la publicidad constituye para el ciudadano un medio de conocer las características de los servicios y de los bienes que se le han ofrecido”. No obstante, lo anterior, hay que reconocer que se ha hecho necesario introducir restricciones para que no se presente publicidad engañosa y competencia desleal.

Existe en Colombia un código de autorregulación publicitaria expedido por la Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria (CONARP), los textos del código son una invitación ponderada, con principios y conductas universales de respeto a la veracidad de la información, la decencia, la honestidad y a los derechos del consumidor y de los competidores, sin limitar la creatividad en aquellos aspectos que trascienden lo objetivo de la comunicación de las características del producto o servicio.

2.6 EL MARCO SEGÚN LA CALIDAD DEL DESTINATARIO

En razón de la calidad de los destinatarios, existe una protección reforzada en materia de publicidad en favor de los niños, niñas y adolescentes; así como de consumidores en general, por tratarse de una parte débil.

2.6.1 PROTECCIÓN DE LOS MENORES

La protección de los menores es necesaria porque en razón de su inexperiencia y credulidad, pueden ser presa de profesionales inescrupulosos.

El artículo 28 de la Ley 1480 se refiere al derecho de la información de los menores, lo que reitera la protección que el mismo estatuto contempla como principio general en el artículo 1, numeral 5 que señala lo siguiente:

ARTÍCULO 1o. PRINCIPIOS GENERALES. Esta ley tiene como objetivos proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como amparar el respeto a su dignidad y a sus intereses económicos, en especial, lo referente a:

(...) 5. La protección especial a los niños, niñas y adolescentes, en su calidad de consumidores, de acuerdo con lo establecido en el Código de la Infancia y la Adolescencia.

La publicidad debe distinguirse nítidamente, cualquiera que sea el soporte utilizado que en el caso de los menores es muy frecuente que en este caso provenga de la televisión o del internet. Se busca que exista una responsabilidad social y que la publicidad no se preste para presentar actos antisociales o delictuosos, ni incitarlos a cometer tales conductas; pero tampoco incitar a legitimar comportamientos que sean contrarios a los deberes ciudadanos, normas sobre el saber vivir y convivir, higiene de vida, protección del mismo ambiente o respeto de los otros.

El Gobierno nacional a través del Ministerio de Industria y Comercio, expidió el Decreto 975 de 2014 reglamentando los casos, el contenido y la forma en que deba ser presentada la información que se suministre a los niños, niñas y adolescentes en su calidad de

consumidores. Dicho decreto establece que

“la información dirigida a los niños, niñas y adolescentes deberá ser clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea”.

De acuerdo con esta ley, la forma y el contenido de las comunicaciones cuya finalidad sea influir en las decisiones de consumo de los niños, las niñas y adolescentes “no podrá inducir a error, engaño o confusión”. Igualmente, establece que dicha publicidad

“no deberá afirmar ni insinuar que el consumo de un alimento o bebida sustituye alguna de las tres comidas principales del día (desayuno, almuerzo y cena)”.

Recientemente el presidente de la República sancionó la Ley 2000 del 14 de noviembre de 2019, por medio de la cual se modifica el código nacional de policía y el código de la infancia y la adolescencia en materia de consumo, porte y distribución de sustancias psicoactivas en lugares y en presencia de menores de edad.

2.6.2. Respeto de la persona

El artículo 1º de la Carta Política colombiana tratando de los principios fundamentales establece:

“Colombia es un estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”

El artículo 5 de la misma Carta Política, señala:

“El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”

Y el artículo 7 de la misma expresa:

“El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”

La Ley 1507 del 10 de enero de 2012 al reglamentar lo relativo al servicio de televisión étnica y afrocolombiana a la que se refiere el parágrafo 2o del artículo 20 de la Ley 335 de 1996 como acción afirmativa para que a través de los entes que por mandato legal del artículo 35 de la Ley 70 de 1993 se desarrollen procesos de etnoeducación.

El respeto de la persona comprende la lucha contra las publicidades que atentan contra las buenas costumbres, por ejemplo, promoviendo mensajes racistas o xenófobos. De igual manera se observa en la publicidad una protección a la utilización de una imagen digna de la mujer.

2.7. EL MARCO EN RAZÓN DEL PRODUCTO

La publicidad en esta categoría se refiere en particular a los productos peligrosos, pero también a razones de salud pública y en particular a los productos alimentarios.

2.7.1 Productos peligrosos

Los mensajes publicitarios en favor de ciertos productos peligrosos como los medicamentos, el tabaco y el alcohol son estrictamente reglamentados

El artículo 31 y el artículo 25 de la Ley 1480 de 2011 se refieren a la publicidad de productos nocivos para la salud.

ARTÍCULO 31. PUBLICIDAD DE PRODUCTOS NOCIVOS. En la publicidad de productos que por su naturaleza o componentes sean nocivos para la salud, se advertirá claramente al público acerca de su nocividad y de la necesidad de consultar las condiciones o indicaciones para su uso correcto, así como las contraindicaciones del caso. El Gobierno podrá regular la publicidad de todos o algunos de los productos de qué trata el presente artículo.

PARÁGRAFO. Lo dispuesto en este artículo, no podrá ir en contravía de leyes específicas que prohíban la publicidad para productos que afectan la salud.

ARTÍCULO 25. CONDICIONES ESPECIALES. Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales y en reglamentos técnicos o medidas sanitarias, tratándose de productos que, por su naturaleza o componentes, sean nocivos para la salud, deberá indicarse claramente y en caracteres perfectamente legibles, bien sea en sus etiquetas, envases o empaques o en un anexo que se incluya dentro de estos, su nocividad y las condiciones o indicaciones necesarias para su correcta utilización, así como las contraindicaciones del caso.”

Fue apenas en mayo de 2003, durante la 56ª Asamblea Mundial de la Salud, que los 191 Estados parte de la Organización Mundial de la Salud (OMS) aprobaron de forma unánime el Convenio Marco para el Control del Tabaco (en adelante, Convenio Marco o CMCT). Este convenio se convirtió en el primer tratado internacional de salud pública negociado por la OMS y por eso se caracteriza por basarse en la evidencia científica disponible sobre los impactos negativos del consumo de tabaco en la salud pública.

El CMCT incluye medidas de control sobre toda la cadena productiva del tabaco desde el cultivo de la hoja hasta el consumo final de cigarrillo. Entre las medidas para la reducción de la demanda, el Convenio dispone el aumento de impuestos y precios sobre el mercado del tabaco, la reglamentación del contenido de sus productos, su empaquetado, etiquetado y prohibición de propaganda, restricciones espaciales para que los consumidores no afecten, o lo hagan en la menor medida posible, a personas no fumadoras, al igual que el deber estatal de crear programas para la prevención del consumo.

En Colombia, el Convenio Marco de la OMS para el control de tabaco fue aprobado mediante la Ley 1109 de 2006. En Sentencia C-665 de 2007, la Corte Constitucional declaró exequible el texto ratificado e incorporado al ordenamiento jurídico interno. Posteriormente, a través del Decreto 2871 de 2008 el Convenio fue promulgado.

La reglamentación de la publicidad del tabaco está contemplada en la Ley 1335 de 2009 que tiene por objeto contribuir a garantizarlos derechos a la salud de los habitantes del territorio nacional, especialmente la de los menores de 18 años de edad y la población no fumadora, regulando el consumo, venta, publicidad y promoción de los cigarrillos, tabaco y sus derivados, así como la creación de programas de salud y educación tendientes a contribuir a la disminución de su consumo, abandono de la dependencia del tabaco del fumador y establecer las sanciones correspondientes a quienes contravengan estas disposiciones como señala el artículo 1º de dicha Ley.

Posteriormente, en la sentencia C-830 de 2010⁴³, la Corte declaró la constitucionalidad de los artículos 14, 15, 16 y 17 de la Ley 1335 de 2009, referidos a la prohibición de la publicidad y promoción del consumo de tabaco a través de cualquier medio destinado a la comunicación masiva, y a la restricción del patrocinio, por parte de empresas tabacaleras, de eventos culturales y deportivos que implique la promoción directa o indirecta del consumo de productos de tabaco y sus derivados.

En esta decisión, la Corte encuentra que estas medidas que restringen la promoción y publicidad del tabaco y sus derivados resultan compatibles con la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, dado que no afectan la producción y comercialización de estos productos, sino su publicidad comercial como mecanismo válido para desincentivar su consumo, teniendo en cuenta el daño que provoca a la salud humana y al medio ambiente. Adicionalmente, determina que la prohibición contenida en el artículo 16 de la Ley 1335 debe entenderse como una cláusula amplia que implica la prohibición total de la publicidad de productos de tabaco, en los términos comprendidos por el CMCT y las Directrices para la aplicación del artículo 13 del Convenio adoptadas el 22 de noviembre de 2008.

Recientemente, el Consejo de Estado ratificó las facultades legales del Ministerio de Salud y Protección Social para vigilar el mercado de cigarrillos y revisar el contenido gráfico de sus cajetillas, en atención a la prohibición total de publicidad, promoción y patrocinio de productos de tabaco que contempla la Ley 1335 de 2009. Este mismo Alto Tribunal decretó la suspensión provisional de los efectos de las Circulares Externas número 005 de 2012 (27 de enero) y 011 de 2012 (23 de marzo), expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, que regulan la exhibición de los productos de tabaco y sus derivados bajo determinadas condiciones en establecimientos de comercio, por considerar que vulneran los artículos 13 del Convenio Marco y 16 de la Ley 1335 de 2009.⁴³

La reglamentación de la publicidad del alcohol está establecida por el decreto. 4) En aras de seguir las directrices de la Corte Constitucional sobre las restricciones ambiguas⁴⁴ y ser concordante con la legislación que cubre el espectro televisivo,⁴⁵ con respecto a esto

⁴³ Informe de seguimiento al cumplimiento del convenio marco de la OMS para el Control del Tabaco, Defensoría del Pueblo, delegada para asuntos constitucionales y legales, Bogotá D.C 2017, págs. 16 y sgtes.

⁴⁴ Corte Constitucional. sentencia C-010/00 "libertad de expresión e información"

⁴⁵ Acuerdo CNTV 01 de 2006 "Por el cual se reglamenta la emisión de publicidad de bebidas de contenido alcohólico, cigarrillos y tabaco en los canales de televisión abierta, cerrada, satelital, y se dictan otras disposiciones"

se hace relevante replantear el lenguaje empleado. Particularmente, en el numeral 6 del artículo 55 del Decreto 1686 de 2012 que señala:

“[la publicidad] no debe sugerir que el consumo de bebidas alcohólicas es esencial para obtener éxito empresarial, académico, deportivo o social”, por lo que se debe hacer explícito qué se entiende por “esencial” o bien modificar este concepto por uno más amplio, como “un elemento que influye en...”

Es necesario precisar que lo estipulado en esta Ley 1335 de 2009 es aplicable no solo a la propaganda expuesta en los medios de comunicación tradicionales, sino que aplica a aquellas páginas y micro-sitios web (como perfiles en redes sociales).

2.7.2 Productos alimenticios

La reglamentación para la publicidad de alimentos. La Ley 1355 de 2009, o Ley de Obesidad, establece medidas generales para contrarrestar la obesidad en el país.

Esta Ley ordena al Ministerio de Salud y Protección Social la creación de una sala especializada a través del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA) para *“regular, vigilar y controlar la publicidad de los alimentos y bebidas”*. Hasta ahora, el INVIMA no ejerce, ni ha ejercido, la potestad de *“regular”* el tema de publicidad en su contenido más amplio, por ejemplo, estableciendo límites a la emisión de publicidad para horarios infantiles o formas de rotulado que alerten al consumidor sobre contenidos altos en grasa, azúcar o sal, o restringiendo publicidad engañosa. La deficiente redacción del artículo 12 de la Ley 1355, establece que dicha sala especializada del INVIMA debe *“regular”* la publicidad de alimentos y bebidas. En realidad, esta institución solo cumple según las normas, actividades de vigilancia y control, no regulatorias, lo que solo podría realizar el Ministerio de Salud y Protección Social o el Congreso de la República,

Sin embargo, en materia de publicidad, el INVIMA solo autoriza de manera previa la publicidad de las bebidas energizantes, ya que, para la gran mayoría de productos alimenticios, la revisión es voluntaria. Por otra parte, existen normas técnicas que regulan el etiquetado de alimentos complementarios o sucedáneos de la leche materna, los alimentos de fruta, y las grasas trans. Sin embargo, no existen normas técnicas que regulen la etiqueta y el rótulo de alimentos altos en azúcar o sodio.

Ante la ambigüedad de la norma, el INVIMA se ha pronunciado sobre los requisitos que deben cumplir las bebidas energizantes para consumo humano. Resolución 333 de 2011. *“Por la cual se establece el reglamento técnico sobre los requisitos de rotulado o etiquetado nutricional que deben cumplir los alimentos envasados para consumo humano.”* Decreto 1397 de 1992. *“Por el cual se promueve la lactancia materna, se reglamenta la comercialización y publicidad de los alimentos de fórmula para lactantes y complementarios de la leche materna y se dictan otras disposiciones”.* Resolución 3929 de 2013. *“Por la cual se establece el reglamento técnico sobre los requisitos sanitarios que deben cumplir las frutas y las bebidas con adición de jugo (zumo) o pulpa de fruta o concentrados de fruta, clarificados o no, o la mezcla de estos que se procesen, empaquen, transporten, importen comercialicen en el territorio nacional.”* Resolución 2508 de 2012. *“Por la cual se establece el Reglamento Técnico sobre los requisitos que deben cumplir los alimentos envasados que contengan grasas trans y/o grasas saturadas.”*

2.8 EL MARCO EN RAZÓN DEL SOPORTE PUBLICITARIO

Los soportes publicitarios son muy variados, y tienen diferente impacto frente a los consumidores. Algunos poseen un mayor impacto sobre los consumidores, y en consecuencia se han regulado de manera más estricta para favorecer la protección de los mismos.

2.8.1 La publicidad televisada

ARTÍCULO 12. DISTRIBUCIÓN DE FUNCIONES EN MATERIA DE REGULACIÓN DEL SERVICIO DE TELEVISIÓN. La Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) a que se refiere la Ley 1341 de 2009 ejercerá en relación con los servicios de televisión, además de las funciones que le atribuye dicha Ley, las que asignaban a la Comisión Nacional de Televisión el Parágrafo del artículo 18, el literal a) del artículo 20, y el literal c) del artículo 5o de la Ley 182 de 1995, con excepción de los aspectos relacionados con la reglamentación contractual de cubrimientos, encadenamientos y expansión progresiva del área asignada, y de los aspectos relacionados con la regulación de franjas y contenido de la programación, publicidad y comercialización, que corresponderán a la ANTV. En particular, la CRC tendrá la función de establecer las prohibiciones a que se refiere el artículo 53 de la Ley 182 de 1995, salvo cuando se relacionen con conductas que atenten contra el pluralismo informativo, caso en el cual tales prohibiciones serán establecidas por la ANTV.

2.8.2 La publicidad por vía electrónica

Los proveedores y expendedores que realicen actos, negocios u operaciones mercantiles concertados a través del intercambio de mensajes de datos telemáticamente cursados entre proveedores y los consumidores para la comercialización de productos y servicios, según establece el artículo 50 de la Ley 1480 de 2011, deberán efectuar una información mucho más estricta, para que el consumidor pueda hacerse una representación lo más aproximada al producto (ordinal b), además que cuando la publicidad del bien incluya imágenes o gráficos del mismo, se deberá indicar en que escala está elaborada dicha representación.

El desarrollo del internet ha tenido necesariamente repercusiones sobre la publicidad y los profesionales se valen de este medio para hacer conocer sus productos y sus servicios. Por eso en esta materia toda publicidad cualquiera la forma que se utilice, y que sea accesible para el servicio de comunicaciones en línea, debe poder ser identificada como tal, así como de la persona natural o moral de la cual proviene.

En la actualidad sufrimos una serie de publicidades que se nos remiten mediante un sistema automático de llamadas, una telecopiadora o de correos electrónicos, sin que como consumidores hayamos dado ni siquiera la autorización para que se nos envíen esos mensajes.

2.9 EL MARCO DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA

Desde que se publicó por primera vez el código de prácticas legales en 1937 por iniciativa de la Cámara de Comercio Internacional de París, se estableció una fórmula amplia y señalaba que en materia de comparaciones según el artículo 5 de esa codificación, estas no debían ser de tal naturaleza que indujeran a un error al consumidor y respetaran los principios de la competencia desleal.

La publicidad comparativa en términos generales ha sido aceptada en numerosos países, porque puede ser benéfica para los consumidores y el competidor, en la medida que establece una comparación entre elementos esenciales y verificables, sin que pueda ser tachada de engañosa ni desleal. Es apenas obvio que una publicidad conducida con la intención de dañar y fundamentada en datos objetivamente inexactos era y aun, permanece condenable.

Jean Calais Auloy⁴⁶ define la publicidad comparativa como:

“la que muestra a los consumidores el interés que ellos tienen en adquirir determinado bien o servicio, prefiriéndolo a otro bien o servicio de un competidor”

Esta definición explica la razón por la cual, existió cierta resistencia a la publicidad comparativa, porque se consideraba que era una posibilidad para lanzar apreciaciones poco halagadoras contra los competidores y sus productos, y que, al citar la marca de otro, se estaba haciendo sin autorización del interesado lo que era reprimible. Con el tiempo se entendió que dicho método publicitario permitía asegurar una mayor transparencia en un mercado sometido a la competencia.

Mientras los ensayos comparativos se realizan por un organismo independiente sometiendo a las empresas a un test y una comparación; mientras que la publicidad comparativa emana de un profesional que es el mismo vendedor o proveedor de los productos o servicios.

La publicidad comparativa se clasifica en publicidad seudocomparativa; comparativas de distinción; comparativas de posicionamiento; comparativas de confrontación; comparativas de exclusión o de destrucción; comparativas de combate⁴⁷

La publicidad comparativa ilícita se caracteriza por lo siguiente: 1. Cuando contiene afirmaciones contrarias a la verdad. 2. Cuando contiene ataques personales 3. Se denigra de los productos o servicios, el establecimiento o la persona del competidor. La publicidad comparativa podría ser lícita en las siguientes condiciones; 1. Cuando se hace una crítica mesurada y objetiva. 2- La crítica debe ser general y los propósitos objetivos en cuanto al fondo y moderados en cuanto a la forma. 3. Existen comparaciones de precios sobre productos idénticos o sustituibles

⁴⁶ CALAIS AULOY Jean.

⁴⁷ VELILLA MORENO Marco Antonio, aproximación a la publicidad comparativa, Revista Jurídica Juris Consulta, Cámara de Comercio de Bogotá; 2004, págs. 31 y ss.

En Colombia como lo señala el profesor Luis Gabriel Botero la legislación colombiana amplió su criterio y acepta la comparación directa de productos a través de la publicidad. Significa pues que mientras la información sea real, cierta, y corresponda con la realidad, puede hacerse publicidad comparativa sin riesgo de incurrir en sanciones como anteriormente sucedía.

La ley no permite omitir verdades o hacer indicaciones incorrectas o falsas, y cualquier otro tipo de prácticas que sean susceptibles de inducir en error a quienes se dirige o alcanza la actividad, las prestaciones mercantiles o los establecimientos ajenos; así como la naturaleza, el modo de fabricación, las características, las aptitudes, el empleo y la cantidad de los productos. Igualmente, no pueden compararse extremos que no sean análogos o comparables, por ejemplo, comparando niveles de productos diferentes como sería comparar la fuerza de un campero y un automóvil. La Ley 256 de 1996 señala como desleal toda conducta que tenga por objeto o efecto inducir al público a error sobre la actividad, prestación mercantil, o establecimientos ajenos.

2.10 LA PROHIBICIÓN DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA

Los mensajes publicitarios deben ser leales y los consumidores no deben ser engañados con mensajes sobre productos o servicios que les atribuyen falsas cualidades.

El carácter engañoso requiere de un elemento material que es que este mensaje publicitario engañoso exista y que tenga un destinatario. Puede tener como soporte publicitario la prensa, la televisión. La radio. Los afiches. La publicidad por teléfono

El artículo 30 de la Ley 1480 de 2011 se refiere a la prohibición de la publicidad engañosa y el artículo 32 trae las causales de exoneración de responsabilidad-

ARTÍCULO 30. PROHIBICIONES Y RESPONSABILIDAD. Está prohibida la publicidad engañosa.

El anunciante será responsable de los perjuicios que cause la publicidad engañosa. El medio de comunicación será responsable solidariamente solo si se comprueba dolo o culpa grave. En los casos en que el anunciante no cumpla con las condiciones objetivas anunciadas en la publicidad, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, deberá responder frente al consumidor por los daños y perjuicios causados.

ARTÍCULO 32. CAUSALES DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD. El anunciante solo podrá exonerarse de responsabilidad, cuando demuestre fuerza mayor, caso fortuito o que la publicidad fue adulterada o suplantada sin que se hubiera podido evitar la adulteración o suplantación.

El artículo 3 de la Ley 1480 nral 1.4 prescribe que los consumidor y usuario, tendrá: “*Derecho a recibir protección contra la publicidad engañosa*” Como se trata de una publicidad, es necesario que el mensaje sea verdaderamente engañoso. Cuando el mensaje es verdaderamente falso y mentiroso no ofrece problemas, pero hay mentiras “*de segundo grado*” lo que se presenta cuando el mensaje no es totalmente inexacto, pero tampoco es exacto. Por eso el mensaje debe ser verdaderamente engañoso, y por eso se considera que no hay infracción si la publicidad es hiperbólica.

Sentencia de 22 junio de 2006, exp. 2002-00540, la Sección 1ª del Consejo de Estado avaló la decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio que sancionó a una empresa por publicidad engañosa en la expresión “*hasta agotar existencias*” porque da la idea al consumidor de abundancia, y no es frase idónea para informar.

Exp. 2000-00316 (8500), sentencia del 24 de julio 2003, la Sección 1ª del Consejo de Estado denegó las pretensiones de la demanda presentada por CELUMÓVIL S.A., instaurada contra la Superintendencia de Industria y Comercio que la sancionó por publicidad engañosa al no haber indicado en ellas las características del servicio realmente promovido.

Sentencia del 8 de mayo de 2003, exp. 8149, la Sección 1ª del C. de E. avaló la decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio que sancionó a Cromos por publicidad engañosa, pues en unos comerciales de radio no dijo nada sobre la renovación automática de la suscripción para el tercer año.

2.11 LAS OFERTAS PROMOCIONALES

Desde el momento en que un comerciante coloca sobre un mercado un producto o un servicio, cualquier consumidor puede adquirirlo con la sola condición de pagar el precio solicitado. No se puede rechazar a un consumidor discriminándolo por razones de su origen, su sexo, su situación de familia, si esta en embarazo, su apariencia física, por su estado de salud, por su edad, por sus opiniones políticas, por sus actividades sindicales, por su etnia, o por su religión entre otras razones, porque esto atenta contra la dignidad de las personas.

ARTÍCULO 33. PROMOCIONES Y OFERTAS. Los términos de las promociones y ofertas obligan a quien las realice y estarán sujetas a las normas incorporadas en la presente ley.

Las condiciones de tiempo, modo, lugar y cualquier otro requisito para acceder a la promoción y oferta, deberán ser informadas al consumidor en la publicidad.

Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, de no indicarse la fecha de iniciación de la promoción u oferta, se entenderá que rige a partir del momento en que fue dada a conocer al público. La omisión

de la fecha hasta la cual está vigente o de la condición de que es válida hasta agotar inventario determinado, hará que la promoción se entienda válida hasta que se dé a conocer la revocatoria de la misma, por los mismos medios e intensidad con que se haya dado a conocer originalmente.

El artículo 5 Nral. 13 de la Ley 1480 de 2011 se refiere a las ventas con utilización de métodos no tradicionales. En estos casos el derecho de los consumidores protege el consentimiento al prever numerosas obligaciones precontractuales.

Las que califica comió ventas con utilización de métodos no tradicionales son aquellas que se celebran sin que el consumidor las haya buscado, tales como las que se hacen en el lugar de residencia del consumidor o por fuera del establecimiento de comercio. Se entenderá por tales, entre otras, las ofertas realizadas y aceptadas personalmente en el lugar de residencia del consumidor, en las que el consumidor es abordado por quien le ofrece los productos de forma intempestiva por fuera del establecimiento de comercio o es llevado a escenarios dispuestos especialmente para aminorar su capacidad de discernimiento.

Existen dos clases de ofertas prohibidas y se caracterizan porque utilizan métodos prohibidos o métodos engañosos

2.11.1. Las ofertas utilizando métodos desleales

Esta clase de ofertas trata de forzar el consentimiento del consumidor. Mediante la venta forzada un profesional envía un producto a un consumidor sin que este se lo haya solicitado, señalando un plazo para que este lo retorne, después del cual se entenderá que lo ha aceptado. El profesional se aprovecha de la pasividad del consumidor.

El derecho común de los contratos se vale para evitar esta venta agresiva en contra del contratante receptor de que “el silencio no constituye jamás aceptación”. En el Estatuto del Consumidor está el artículo 35 que establece:

ARTÍCULO 35. PRODUCTOS NO REQUERIDOS. Cuando el consumidor no haya aceptado expresamente el ofrecimiento de un producto, queda prohibido establecer o renovar dicho ofrecimiento, si este le genera un costo al consumidor. Si con el ofrecimiento se incluye el envío del producto, el consumidor no estará obligado ni a la conservación, ni a gestionar, ni a pagar la devolución de lo recibido.

2.11.2. Las ofertas utilizando métodos engañosos

No se puede confundir las ventas atadas o subordinadas con las ventas con primas que trae la doctrina extranjera. Las ventas atadas o subordinadas corresponden a una estrategia de oferta que utiliza un método de seducción engañoso, y una estrategia de distribución porque subordina la venta de un producto a la adquisición de otro.

El caso de ventas con primas es diferente porque atribuyen al comprador, una prima consistente en un producto, o en un servicio que lo acompaña, a título gratuito este último, por el objeto principal adquirido.

No es lo mismo tampoco en el derecho comparado una prima que un regalo. La venta con prima supone la existencia de un contrato a título oneroso por el cual el consumidor obtiene un bien o un servicio a título principal, y la prima es lo accesorio, porque es el bien o servicio que se viene a agregar. En este caso la necesidad del contrato soporte en la venta con prima es lo que diferencia el regalo y la prima, porque el regalo que es un producto o un servicio se da incluso sin necesidad de contratar.

El artículo 36 de la Ley 1480 de 2011 establece la prohibición de las ventas atadas o subordinadas, a las que nos acabamos de referir, de la siguiente manera:

ARTÍCULO 36. PROHIBICIÓN DE VENTAS ATADAS. Sin perjuicio de las demás normas sobre la materia, para efectos de la presente ley no se podrá condicionar la adquisición de un producto a la adquisición de otros. Tampoco se podrá, condicionar el recibo de un incentivo o premio a la aceptación de un término contractual.

2.12 LA FINANCIACIÓN DE LOS ACTOS DE CONSUMO

En este aspecto puntual, es importante relacionar el pronunciamiento rendido por la Superintendencia de Industria y Comercio el 19 de agosto de 2016, con fundamento en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, donde absuelve un concepto a este respecto, pero dentro de las restricciones establecidas por la Corte Constitucional en virtud de la sentencia C-542 de 2005, destacando que como lo señala el máximo órgano constitucional, los conceptos emitidos por las entidades en respuesta a los derechos de petición, se equiparan a opiniones, consejos y pautas de acción o puntos de vista, que el administrado puede seguir o no.⁴⁸

Señalo que es importante porque la Superintendencia de Industria y Comercio SIC, se refiere a la competencia residual que tiene en materia de derecho del consumidor, a la luz de los numerales 22 a 31, 42 a 46 y 61 a 66 del artículo 1 del Decreto 4866 de 2011, mediante el cual se modificó la estructura de la Entidad en materia de protección al consumidor, y donde se contempla que la entidad en materia de protección al consumidor tiene entre otras las siguientes facultades; velar por la observancia de las disposiciones sobre protección al consumidor; adelantar procedimientos por violación al régimen de protección al consumidor, en ejercicio de funciones administrativas y jurisdiccionales; imponer sanciones por violación al régimen de protección al consumidor, una vez surtida una investigación; impartir instrucciones en materia de protección al consumidor con el fin de establecer criterios y procedimientos que faciliten el cumplimiento de las normas. Es importante destacar que las atribuciones de la Superintendencia de Industria y Comercio son de naturaleza residual, es decir, que radica en cabeza de la Entidad siempre y cuando no le haya sido atribuida a otra autoridad, tal y como lo dispone el numeral 22 del artículo

48 Oficina Jurídica DP. Consultas. AD 16-184003-00001-0000. 2016/0-19

1 del Decreto 4886 de 2011, donde se dispone que la SIC ejercerá las siguientes funciones:

“ (...)

2.2 velar por la observancia de las disposiciones sobre protección al consumidor y dar trámite a las reclamaciones o quejas que se presenten cuya competencia no haya sido asignada a otra autoridad, con el fin de establecer las responsabilidades administrativas del caso y ordenar las medidas que resulten pertinentes”

En este orden de ideas, la Superintendencia de Industria y Comercio en relación con la protección de los consumidores y solo en esta materia, ejerce control sobre la vigilancia crediticia de personas naturales o jurídicas no sometidas a la vigilancia de otra autoridad administrativa, es decir cuando realicen operaciones a través de sistemas de financiación de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1480 de 2011.

El Artículo 45 señala como Estipulaciones especiales:

“En las operaciones de crédito otorgadas por personas naturales o jurídicas cuyo control y vigilancia sobre su actividad crediticia no haya sido asignada a alguna autoridad administrativa en particular, y en los contratos de adquisición de bienes o prestación de servicios en que el productor o proveedor otorgue de forma directa financiación, se deberá:

1. Informar al consumidor, al momento de celebrarse el respectivo contrato, de forma íntegra y clara, el monto a financiar, interés remuneratorio y, en su caso el moratorio, en términos de tasa efectiva anual que se aplique sobre el monto financiado, el sistema de liquidación utilizado, la periodicidad de los pagos, el número de las cuotas y el monto de la cuota que deberá pagarse periódicamente.

2. Fijar las tasas de interés que seguirán las reglas generales, y les serán aplicables los límites legales;

3. Liquidar si es del caso los intereses moratorios únicamente sobre las cuotas atrasadas;

4. En caso de que se cobren estudios de crédito, seguros, garantías o cualquier otro concepto adicional al precio, deberá informarse de ello al consumidor en la misma forma que se anuncia el precio.

PARÁGRAFO 1. Las disposiciones relacionadas con operaciones de crédito otorgadas por personas naturales o jurídicas cuyo control y vigilancia sobre su actividad crediticia no haya sido asignada a alguna autoridad administrativa en particular, y con contratos de adquisición de bienes o prestación de servicios en el que el productor o proveedor otorgue de forma directa financiación, deberán ser reglamentadas por el Gobierno Nacional.

PARÁGRAFO 2. El número de cuotas de pago de un crédito de consumo debe ser pactado de común acuerdo con el consumidor. Queda prohibida

cualquier disposición contractual que obligue al consumidor a la financiación de créditos por un mínimo de cuotas de pago”.

La SIC en dicho concepto del 19 de agosto de 2016, precisa que dicho artículo debe interpretarse en forma sistemática con la instrucción emitida por la misma entidad en el artículo 3.1 del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia que expresa lo siguiente:

“3.1 Definiciones

Para la correcta aplicación e interpretación de este capítulo se entenderá por:

Interés: Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 717 del código civil, el interés corresponde a la renta que se paga por el uso del capital durante un periodo determinado. Así mismo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 68 de la Ley 45 de 1990, se reputarán también como intereses, las sumas que el acreedor reciba del deudor sin contraprestación distinta al crédito otorgado, aun cuando las mismas se justifiquen por concepto de honorarios, comisiones u otras semejantes. En esta medida, los seguros contratados que protejan el patrimonio de los deudores o de sus beneficiarios no se reputan como intereses.

(...)”

Concluye la SIC al respecto, que, por consiguiente, se reputaran intereses en las operaciones de crédito, todos aquellos rubros adicionales cobrados por el acreedor (Productor/ Proveedor) cuando no encuentren contraprestación distinta a la misma operación de financiación; con la única excepción de aquellos que propendan por la salvaguarda del patrimonio del deudor (Consumidor).

Señala también la SIC que mediante el Decreto 1074 del 26 de mayo de 2015 por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo”, modificado por el Decreto 17802 del 28 de agosto de 2015, se desarrolló el artículo 45 de la Ley 1480 de 2011, en lo relativo a las reglas generales y a información mínima que deberán suministrar los Productores/Proveedores a los consumidores en las operaciones de crédito que celebren.

El artículo 2.2.2.35.2 del Decreto 1074 del 26 de mayo de 2015 establece el ámbito de aplicación de las disposiciones del artículo 45 de la Ley 1480 de 2011, de la siguiente manera:

“El presente capítulo se aplicará a:

- 1. Todas las operaciones de crédito otorgadas por personas naturales o jurídicas cuyo control y vigilancia sobre su actividad crediticia no haya sido asignada a alguna autoridad administrativa en particular.*
- 2. A los contratos de bienes o de prestación de servicios en los que el productor o proveedor otorguen de forma directa financiación.*

Parágrafo: Quedan excluidos de la aplicación de este capítulo, por no ser ventas financiadas, los contratos de adquisición o prestación de servicios en los que se otorgue plazo para pagar el precio sin cobrar intereses”.

Por su parte, establece el artículo 2.2.2.35.7 las reglas generales para la celebración de contratos mediante sistemas de financiación.

“Artículo 2.2.2.35.7, las Reglas generales para la celebración de contratos mediante sistemas de financiación. Conforme a lo dispuesto en la Ley 1480 de 2011, los contratos de operaciones mediante sistemas de financiación estarán sometidos a las siguientes reglas

- 1. Las partes podrán pactar libremente la tasa de interés tanto remuneratoria como moratoria que será cobrada al consumidor. La tasa de interés que se pacten al momento de la celebración del contrato no podrán sobrepasar en ningún periodo de la financiación, el límite máximo legal de acuerdo con lo establecido en el numeral 11 del artículo 3 del presente decreto.*
- 3. Está prohibido el cobro simultaneo de intereses remuneratorios y moratorios respecto del mismo saldo o cuota y durante el mismo periodo.*
- 4. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 886 del Código de comercio, los intereses pendientes no generaran intereses.*
- 5. En ningún caso se podrá exigir por adelantado el pago de intereses moratorios.*
- 6. Tanto en las operaciones de crédito otorgadas por personas naturales o jurídicas cuyo control y vigilancia sobre su actividad crediticia no haya sido asignada a alguna autoridad administrativa en particular, como en los contratos de adquisición de bienes o prestación de servicios en el que el productor o proveedor otorgue en forma directa financiación, el consumidor podrá pagar anticipadamente, de forma parcial o total el saldo pendiente de su crédito y por lo tanto no podrán establecerse cláusulas penales o sanciones por pago anticipado ni exigirse el pago de los intereses durante el periodo restante.*
- 7. Salvo que se haya pactado cláusula aceleratoria, de acuerdo con lo previsto en el artículo 69 de la Ley 45 de 1990, los intereses moratorios solo se causaran respecto del monto de las cuotas vencidas.*
- 8. Podrán contratarse seguros cuyo objeto sea amparar el pago del crédito en caso del fallecimiento del deudor o de la pérdida de la garantía del bien dado en garantía. En tales casos se podrá presentar al consumidor una o varias cotizaciones de compañías de seguros, en las que se informen los riesgos cubiertos, los beneficiarios, las exclusiones, la suma asegurada y el monto de la prima. En todo caso, deberá advertirse al consumidor que no es obligación de contratar con dichas compañías y que por lo tanto está en libertad de escoger otra aseguradora de su preferencia. Si el consumidor elige la aseguradora sugerida por el proveedor o expendedor, este deberá entregar*

a aquel, un documento mediante el cual pueda probar la existencia del contrato de seguro y en el que se indique la información antes mencionada. El pago de los seguros podrá realizarse de manera diferida. Si no se entrega al consumidor la constancia o certificado del seguro donde se señale el valor de la prima o certificado, las sumas cobradas por tal concepto se reputarán intereses”

La Superintendencia continua en ese concepto rendido el 19 de agosto de 2016, manifestando que, en concordancia con lo expuesto, el artículo 2.2.2.35.5 del Decreto 1074 del 26 de mayo de 2015 determina en esta clase de operaciones se debe suministrar al consumidor de manera escrita, y a más tardar al momento de la celebración del respectivo contrato, la siguiente información:

“Artículo 2.2.2.35.5 Información que debe constar por escrito y ser entregado al consumidor. La información que deberá suministrarse al consumidor cuando adquiera bienes o le sean prestados servicios mediante financiación o una operación de crédito que se enmarque en lo descrito en el artículo 2.2.2.35.2 del presente decreto será el siguiente:

“(…)

4. En caso de tratarse de una operación de crédito, deberá indicarse tal situación.

Esta obligación podrá ser cumplida en las facturas o en documentos separados que se anexen al contrato. adicionalmente, se deberá informar el valor total a financiar.

(…)

6. El valor de la cuota inicial, su forma y plazo de pago o la constancia de haber sido cancelada.

7. El saldo del precio pendiente de pago o el monto que se financia, el número de cuotas en que se realizara el pago financiación y su periodicidad. El número de cuotas de pago deberá ser pactado de común acuerdo con el consumidor. Queda prohibida cualquier disposición contractual que obligue al consumidor a financiación por un mínimo de cuotas de pago.

8. La tasa de interés remuneratoria que se cobrará por la financiación del pago de obligación adquirida, expresada como tasa de interés efectiva anual; la de interés moratoria, la cual podrá expresarse en función de la remuneratoria o de otra tasa de y la de interés máxima legal vigente al momento de la celebración del contrato de adquisición de o de prestación de servicios o de la operación de crédito. En todo caso, deberán observarse los máximos legales previstos.

El otorgante del crédito deberá poner a disposición del consumidor, si este lo solicitare, fórmulas matemáticas que aplican para calcular el crédito. En los contratos en los que se haya pactado una tasa de interese remuneratoria

variable, se deberá poner a disposición del consumidor, la fuente y la fecha de referencia. Si la tasa pactada, incluye un componente fijo, ultimo se deberá informar expresamente. En los casos de interés moratorio, en los que se pacte una tasa diferente a la tasa se deberá poner a disposición del consumidor la fuente y la referencia referidas.

9. *Se deberá informar el monto de la cuota. En el evento en que la cuota o la tasa pactada sea variable, el acreedor deberá informar el valor de la primera cuota y mantener a disposición del deudor, la explicación de cómo se ha calculado la cuota en periodo subsiguiente, así como la formula o fórmulas que aplico para obtener los valores cobrados. Dichas formulas deberán ser suficientes para que el deudor pueda verificar la liquidación del crédito en su integridad.*
10. *Si como mecanismo de respaldo de la obligación se extienden títulos valores, se dejará constancia de ello en el contrato, identificando su número, fecha de otorgamiento, vencimiento y demás datos que identifiquen a las partes la obligación contenida en el titulo*
11. *Enumeración y descripción de las garantías reales o personales de crédito.*
12. *La indicación del monto que se cobrara como suma adicional a la cuota por concepto cuota manejo, contratos seguros si se contrataren y los que corresponden cobros del IVA.*
13. *La indicación de todo concepto adicional al precio. Para este efecto se señalará tanto el motivo del cobro como valor a pagar. En los contratos de adquisición bienes o prestación de servicios en los que el productor o proveedor otorguen forma directa financiación, la indicación de los conceptos adicionales al precio deberá expresarse de la misma manera como se informa el precio. <> Los conceptos adicionales al precio que se presenten en las demás operaciones de crédito, deberán informarse de la misma manera como se informa el valor del crédito.*
14. *La indicación sobre costos de cobranza, cuando esto resulte aplicable y su forma de cálculo. Se precisa que los cobros por cobranza deben estar directamente relacionados y ser proporcionales con la actividad desplegada, y en ningún caso podrá hacerse cobro automático por el solo hecho de que el deudor incurra en mora.*

(...)
16. *El derecho que le asiste al deudor, efectuar pagos anticipados de las cuotas o saldos en forma total o parcial con la consiguiente liquidación de intereses al día del pago, sin que en ningún caso pueda exigírsele los intereses no causados ni sanciones económicas”*

Continúa el concepto de la SIC. Por su parte, establece el artículo 2.2.2.35.6 la información que debe mantenerse a disposición del consumidor, durante la jornada de atención al público:

- “1. El monto a cancelar por concepto de la cuota del mes o periodo, con la discriminación del pago de capital, intereses, cuota de manejo y seguros, si los hay.*
- 2. El capital pendiente de pago al inicio y al final del periodo.*
- 3. La tasa de interés aplicada en dicho periodo y la tasa de referencia utilizada en el caso en que se haya pactado una tasa de interés variable. Se deberá además indicar sin con ocasión de la revisión del límite legal se presentó modificación de la tasa de interés.*
- 4. Una explicación acompañada de los datos necesarios para la liquidación de la respectiva cuota con el fin de que el consumidor pueda verificar la exactitud de los cálculos y constatar dichos datos con el contrato y las fuentes oficiales, que los producen.*
- 5. Cuando el plazo del crédito otorgado sea superior a doce (12) meses, o la cuantía del crédito o el monto adeudado sea superior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, la información indicada en los numerales anteriores de este artículo deberá ser remitido al domicilio del consumidor y entregada en un plazo no inferior a los (5) días hábiles anteriores a la fecha del pago de la cuota correspondiente. En los mismos casos, deberá informarse al consumidor de los eventos en los que haya la necesidad de reliquidar los periodos restantes cuando la tasa de financiación cambie como consecuencia de variaciones de la tasa máxima legal. Cuando el proveedor o expendedor disponga de dicha información en medios electrónicos, el consumidor, a su elección podrá optar por esta modalidad para acceder a la información.*
- 6. El proveedor o expendedor estará exento de la obligación prevista en el numeral 5 anterior de los casos en que el crédito sea de cuota y tasa fija y se le entregue al consumidor la liquidación completa del crédito al momento de otorgarlo, lo cual se podrá hacer mediante talonarios u otro medio escrito que incluya toda la información señalada en los numerales 1, 2, 3 y 4 de este artículo, para cada uno de los periodos de crédito. Deberá obrar constancia escrita y suscrita por el consumidor en donde se señale que recibió dicha información.*

En todo caso, se deberá tener a disposición del público puntos de información con personal que cuente con la capacitación y conocimientos requeridos para informar al cliente la integridad de las obligaciones que contrae con la firma del correspondiente contrato, la forma como se van a calcular y liquidar los intereses, la cuota y el crédito”

En relación con el límite legal para el cobro de intereses, la Superintendencia en el mencionado concepto señala que se establece en el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 1480 de 2011, que en las operaciones mediante sistemas de financiación; a las tasas de interés fijadas por los extremos contractuales, les serán aplicables los límites legales.

Por instrucción del numeral J, artículo 3.1, contenido en el capítulo tercero, título II de la Circular Única de esta entidad, por límite legal se deberá entender lo siguiente:

“3.1 Definiciones.

Para la correcta aplicación e interpretación de este capítulo se entenderá por: (...)

j) Límite legal para el cobro de intereses: De conformidad con lo establecido por los artículos 884 del Código de Comercio, 2231 del Código Civil, y el artículo 305 del Código Penal, el límite máximo legal para el cobro de intereses tanto remuneratorios como moratorios corresponde a una y media veces el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria. Lo anterior, sin perjuicio de las normas que en el futuro modifiquen o adicionen las antes mencionadas.

(...).

En similar sentido, continua la Superintendencia en el mencionado concepto, el artículo 2.2.2.35.8 del Decreto 1368 de 2014, reglamentario del artículo 45 citado, compilado por el Decreto 1074 de 2015, establece para el proveedor o productor que otorga la financiación, la obligación de verificar mensualmente que los intereses cobrados no sobrepasen el límite legal:

“Respecto de la verificación de los límites máximos legales de la tasa de interés, el proveedor o expendedor en los contratos de operaciones de crédito mediante sistemas de financiación a los que se refiere este decreto, deberá:

- 1. Verificar mensualmente que los intereses cobrados están dentro del límite máximo legal vigente para el cobro de intereses.*
- 2. Si concluye que la tasa de interés pactada está por encima del máximo legal permitido por la ley, la misma deberá ser reducida a dicho límite de forma automática sin necesidad de requerimiento del consumidor, retroactivamente a partir del momento en que se certificó un interés inferior.*
- 3. Si el límite máximo legal en un periodo siguiente vuelve a ser superior a la tasa inicialmente acordada se podrá liquidar y cobrar para dicho periodo la tasa inicialmente pactada”*

Por lo tanto, en ningún caso pueden cobrarse intereses por encima del monto legal permitido, es decir, una y media veces el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Financiera, finaliza diciendo la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC-.

BIBLIOGRAFÍA

- » BAÑOL B. Alejandro y PEREZ A. Alfredo. Intervención del Estado y Normas de Protección al Consumidor. Asociación de consumidores de Medellín. Junio de 1991
- » De l'ordre technique a l'ordre publique technologique, JCP, 1972 I 2495.
- » FERRIER, Didier. Droit de la Distribution. Ed. LexisNexis.
- »
- » MAZEAUD, Denis et JAMIN, Christophe; obra colectiva. Les Clauses Abusives entre Professionnels. Ed. Económica
- »
- » REGLAMENTO (CE) No 1980/2000 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 17 de julio de 2000 relativo a un sistema comunitario revisado de concesión de etiqueta ecológica
- » RIPERT. Aspects Juridiques du Capitalisme Moderne, 1946.
- » VELILLA MORENO Marco Antonio, aproximación a la publicidad comparativa, Revista Jurídica Juris Consulta, Cámara de Comercio de Bogotá; 2004.
- » VELILLA MORENO, Marco Antonio, Aproximación preliminar a la publicidad comparativa, Revista Juris Consulta, Camara de Comercio de Bogota, 2004.

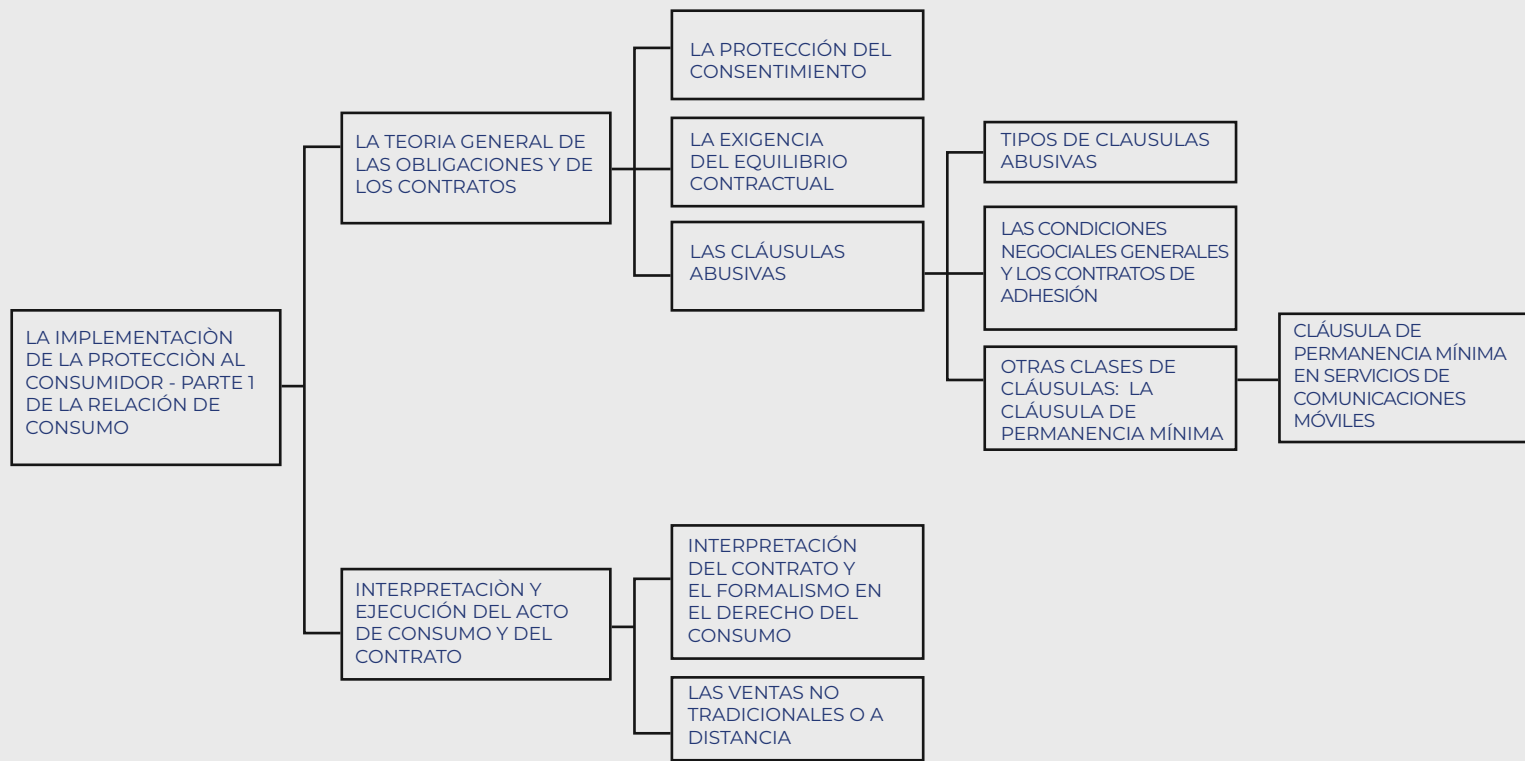
TEXTOS NORMATIVOS

- » Ley 1480 de 2011 “Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones.”

JURISPRUDENCIA

- » Corte Constitucional. sentencia C-010/00 “libertad de expresión e información”
- » Informe de seguimiento al cumplimiento del convenio marco de la OMS para el Control del Tabaco, Defensoría del Pueblo, delegada para asuntos constitucionales y legales, Bogotá D.C 2017.
- » Acuerdo CNTV 01 de 2006 “Por el cual se reglamenta la emisión de publicidad de bebidas de contenido alcohólico, cigarrillos y tabaco en los canales de televisión abierta, cerrada, satelital, y se dictan otras disposiciones”
- » Oficina Jurídica DP. Consultas. AD 16-184003-00001-0000. 2016/0-19.
- » Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 3 de mayo de 2005, expediente 1999-04421-01, Magistrado Ponente: Cesar Julio Valencia Copete.
- » Corte suprema de Justicia (7 de diciembre de 2007) M.P.Carlos Julio Valencia.
- » Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 3 de mayo de 2005, expediente 1999-04421-01, Magistrado Ponente: Cesar Julio Valencia Copete.
- » Corte suprema de Justicia (7 de diciembre de 2007) M.P.Carlos Julio Valencia
- » Corte Suprema de Justicia (30 de abril de 2009) M.P. Pedro Munar
- » Corte Suprema de Justicia (19 de noviembre de 2009), M.P. Jaime Arrubla Paucar

UNIDAD 3



LA IMPLEMENTACIÓN DE LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR – PARTE 1

Og	Objetivo general de la unidad <i>Describir las diferencias que aporta el derecho del consumidor con respecto a la protección del consentimiento, equilibrio contractual, cláusulas abusivas y protección contra los profesionales del comercio, con referencia a la teoría general de las obligaciones y de los contratos clásicos.</i>
Oe	Objetivo específico de la unidad <i>Destacar algunos aspectos novedosos que introduce el derecho del consumidor y que se relacionan con las prácticas restrictivas y la competencia desleal para que el discente disponga de la integralidad que implica la relación de consumo en la resolución de casos concretos que promueven los ciudadanos a las autoridades competentes.</i>

En la segunda parte examinamos la diferencia entre la relación de consumo y los contratos de consumo. Señalamos que todo contrato de consumo es una relación de consumo, pero que pueden existir relaciones de consumo que no sean contrato de consumo.

Como dicen en su obra Yves Picod y Helene Davo, la teoría general de los contratos trata de reconstruirse luego de un largo periodo de turbulencia, proveniente en especial del derecho del consumidor, el cual tiene no solo una gran vitalidad sino una “*potencialidad natural de expansión*”, lo que es motivo de permanente debate.⁴⁹

En efecto estas normas, creadas por la reclamación de los grupos sociales y económicos, tales como las asociaciones de consumidores, han tenido una muy lenta asimilación por nuestro sistema jurídico, porque la jurisprudencia se ve enfrentada a una tradición que pretende ser colonizada por reglas jurídicas que se fundamentan en estándares económicos y técnicos.

Uno de los objetivos del derecho del consumidor es el de conducir a una forma de equilibrio contractual que va a permitir desvanecer la desigualdad económica y jurídica que existe entre el consumidor y el profesional del comercio. El acto de consumo es natural que esté sometido a un tratamiento normativo especial.

49 PICOD, Yves y DAVO, Helene, Droit de la Consommation. 2^e Edition, Dalloz, pág. 115.

3.1 LA TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES Y DE LOS CONTRATOS

Con respecto a los contratos libremente negociados señala Bernard Gross “En la concepción tradicional del derecho de las obligaciones, el contrato es un acto de libertad que permite a los individuos la posibilidad de hacer valer sus intereses personales; esta por lo tanto fuera de lugar el obligarlos a abrir o proseguir una negociación; ya que simplemente como cualquier libertad, la de negociar un contrato podría engendrar abusos que serían sancionados bajo el fundamento de la responsabilidad civil.”⁵⁰

El principio en la materia sería la libertad completa de conducir o no, conversaciones previas, de concluir las o no, de hacerlo de manera positiva o no; porque si el destinatario de una oferta es libre de rechazarla o no, se deriva de lo anterior, que quienes participan en un proceso de negociación que no han definido la oferta, están y permanecen por supuesto libres, durante todo el periodo de la negociación. Esto obedece a que la tradición civil da al contrato un tratamiento de acto subjetivo, interindividual, resultante de intereses antagonistas. Todo puede ser libremente debatido para permitir a la ley del mercado de jugar en forma plena, es decir que, hasta la conclusión, cada uno permanece libre de buscar donde a bien lo tenga lo que se encuentre buscando. Todo se decide en forma instantánea al momento de celebrar el contrato. Las estipulaciones son minuciosamente redactadas. La ejecución sigue en forma automática lo acordado entre las partes de manera rigurosa, lo que excluye la denominada “obligación de negociar”

Todo esto es explicable en razón de las operaciones contractuales que tenían en mente los redactores del Código Civil, donde se daban unos contratos tan simples que podían ser ejecutados en forma instantánea. Pero en la actualidad, el marco de la economía de mercado, hace que el marco jurídico y los instrumentos como la oferta y la aceptación, que utilizaban estos contratos tan simples, se vean insuficientes. Por una parte, porque en la actualidad la elaboración jurídica se torna mucho más larga que en los contratos clásicos, porque los actuales son mucho más complejos. Los contratos en la actualidad implican un desarrollo por etapas progresivas que conducen al acuerdo contractual definitivo. Como los denominaba Demogue se trata de “contratos de formación sucesiva” De esta manera se llega al acuerdo definitivo mediante acuerdos parciales previos, que eran figuras desconocidas en los contratos clásicos, los cuales originalmente se circunscribían a la oferta y su aceptación.

Cuando se da un acuerdo previo, así sea embrionario, interviene durante el proceso precontractual esto impulsa a que se complete el contrato definitivo. Todo esto en el entendido que salvo que se presente un abuso o mala fe, cada parte permanece libre y es responsable del tiempo que le dedique y de los costos en que incurra durante ese periodo previo. Sin embargo, un comportamiento especialmente caracterizado por la falta real de disposición y de desinterés frente a un socio comercial, podría dar lugar según la doctrina francesa, por aquel que observe esta clase de comportamiento frente al otro contratante, en un “uso abusivo del derecho de contratar”. En Francia se acude al artículo 1382 del Código Civil francés, que equivale al artículo 2341 del Código Civil Colombiano, según el cual “todo aquel que produce un daño, está obligado a indemnizar”, lo que significa que las culpas que cometa un negociador durante el periodo precontractual y la finalización de ese periodo, sería extracontractual (salvo que existan contratos preparatorios). El principio en la contratación clásica continúa siendo “el equilibrio de las partes”

50 GROSS, Bernard, Contrats. Tomo I. Ventes Civiles et Commerciales. Editorial Themis.

La diferencia entre los contratos de adhesión y libremente negociados es doctrinal y ha sido por épocas motivo de grandes discusiones. En la civilización de masas actual, un gran número de contratos es celebrado sin que se realicen negociaciones previas, como sucede cuando un consumidor adquiere algo en un “dispensador automático”. Según el profesor Calais Auloy “... alquilar un apartamento, comprar un automóvil, ordenar un objeto por correspondencia, suscribir una póliza de seguros, comprar un ticket de transporte, son algunos de los casos, los consumidores adhieren sin poder intervenir en la modificación de los contratos previamente redactados por otros”⁵¹.

La teoría general de los contratos ha conocido una gran evolución conceptual, que parte de la influencia en nuestro código civil, del principio de la autonomía de la voluntad, fundamentado en el análisis filosófico individualista de los derechos subjetivos, bajo la doctrina económica liberal, para posteriormente, y atendiendo a la diversidad contemporánea de los productos y los servicios, así como a la complejidad técnica que brinda a los profesionales de la producción o del comercio en forma general una superioridad técnica considerable en las relaciones contractuales, buscar restablecer en favor de los consumidores, las relaciones contractuales de igualdad.

El equilibrio conceptual ha sido preocupación constante del derecho de los contratos, sin embargo, la profunda transformación en las condiciones de la producción y de la distribución ha generalizado la celebración de contratos en los cuales el consumidor tiene que aceptar o rechazar en bloque las condiciones del contrato, sin tener la posibilidad de discutirlos con quien ha preestablecido el contrato (contratos de adhesión). Quien puede incluso llegar a abusar de su poder, fabricando el contrato a su medida, o incluyendo solo las cláusulas que le sean más favorables.

Lo anterior no quiere decir que los denominados contratos de adhesión sean exclusivos de las relaciones de consumo, solo que es más frecuente que el acto de consumo se celebre mediante un contrato de adhesión, y cada vez es más frecuente que un contratante sea lo suficientemente poderoso para imponer condiciones idénticas a una serie de contratantes, como sucede en las relaciones entre empresarios y trabajadores o entre proveedores y distribuidores, por lo que la doctrina sostiene que el más fuerte abusa de su situación, e inserta en el contrato cláusulas que le son ventajosas, que a veces el cliente ni siquiera termina leyendo. Lo anterior, no quiere decir que en los contratos libremente negociados no se incluyan o se traten de incluir cláusulas abusivas. Lo que, si resulta cierto, es que los contratos de adhesión son muy frecuentes entre profesionales y consumidores, por lo que el legislador pretende brindarles a estos últimos, una especial protección en este caso.

El contrato de adhesión no estaba definido en el derecho colombiano ni por el código civil, ni por el código de comercio y fue solo con la expedición de la Ley 1480 de 2011 que en artículo 5 referente a las definiciones se contempló esta noción. La doctrina ha definido el contrato de adhesión como aquel acuerdo de voluntades por medio del cual uno de los contratantes, denominado predisponente, impone al otro, llamado adherente, el contenido del contrato sin ninguna posibilidad de discutirlo ni de modificarlo, contando únicamente con la facultad de decidir libremente si contrata o no, bajo el clausulado ofrecido. Dice el artículo 5, numeral 4 de la Ley 1480 de 2011 con respecto al contrato de adhesión que es:

51 CALAIS AULOY, Jean, Droit de la Consommation, Editions Dalloz, 3^e Edition. Pág. 119.

“Aquel en el que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no pueda modificarlas, ni pueda hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas”.

En realidad, los consumidores celebran en forma permanente contratos de adhesión relativos a diferentes materias, razón por la cual el Estado se ha visto en la necesidad de intervenir la actividad contractual de ciertas actividades económicas para brindar una especial protección, como es el caso de la actividad aseguradora. Esta es la razón, por la cual el Estatuto del Consumidor en su artículo 37 se refiere a las condiciones negócias generales y a los requisitos generales que deben cumplir como mínimo los contratos de adhesión, como veremos más adelante. Dicho artículo de la Ley 1480 de 2011, establece:

ARTÍCULO 37. CONDICIONES NEGOCIALES GENERALES Y DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN. Las Condiciones Negociales Generales y de los contratos de adhesión deberán cumplir como mínimo los siguientes requisitos:

1. Haber informado suficiente, anticipada y expresamente al adherente sobre la existencia efectos y alcance de las condiciones generales. En los contratos se utilizará el idioma castellano.

2. Las condiciones generales del contrato deben ser concretas, claras y completas.

3. En los contratos escritos, los caracteres deberán ser legibles a simple vista y no incluir espacios en blanco, En los contratos de seguros, el asegurador hará entrega anticipada del clausulado al tomador, explicándole el contenido de la cobertura, de las exclusiones y de las garantías.

Serán ineficaces y se tendrán por no escritas las condiciones generales de los contratos de adhesión que no reúnan los requisitos señalados en este artículo”

El derecho clásico de los contratos protege el consentimiento de los contratantes por la teoría de los vicios del consentimiento; consagra también normas de interpretación de las convenciones y plantea normas relativas a la inejecución contractual, ya que es un derecho protector de los acreedores, quienes deben recuperar su acreencia. Esta filosofía es completamente diferente a la que se origina del derecho del consumidor y por ejemplo ciertos principios que se consideraban inmutables para el derecho privado, como los del principio de la fuerza obligatoria o el efecto relativo de los contratos, tienen un cierto nivel de flexibilización.

La normatividad sobre derecho del consumidor busca que el consumidor pueda concluir un contrato cuyas condiciones le resulten satisfactorias con el fin de adquirir un producto o un servicio conforme a sus expectativas. Esto se refleja en el tratamiento que se le brinda a la formación del contrato, y a la ejecución de las obligaciones derivadas de la relación de consumo.

Con respecto a los contratos de adhesión y contratos de consumo es importante destacar que el contrato por adhesión está definido por el modo en cómo se celebra. Uno que lo redacta y otro adherente y eso es lo que lo define. Son dos categorías diferentes porque el contrato de consumo es una relación de consumo, un proveedor, un consumidor que demanda un producto o un servicio-

Son dos categorías distintas que a veces puede coincidir en un mismo contrato, a veces no. Puede existir un contrato de adhesión que no sea de consumo, y un contrato que no sea ninguna de las dos cosas (que sea libremente negociado y además que no sea de consumo).

Un principio fundamental para interpretar estas 4 categorías que describiremos a continuación.

1. Que un contrato sea de consumo y de adhesión
2. Que sea un contrato de consumo, pero negociado
3. Un contrato de adhesión que no sea de consumo
4. Un contrato que no sea ninguna de las dos cosas. Que no sea negociado, ni de consumo.

Cuando hablamos de contratos de consumo y cuando hablamos de contratos de adhesión estamos hablando de un orden público de protección. El legislador considera que tiene que proteger a uno de los contratantes. En el caso del de consumo porque hay un consumidor y lo entiende como una parte débil que hay que proteger frente al proveedor; en el otro caso porque hay un contrato de adhesión donde un contratante adherente que es digno de tutela porque tiene cierta fragilidad frente al contratante. Sin embargo, la intensidad de este orden público, y en consecuencia los mecanismos para proteger al contratante varían. Podríamos decir que en el contrato negociado no lo hay, es paritario; en el otro extremo el contrato de consumo alcanza su máxima protección; y en el contrato de adhesión, hay un grado intermedio de protección.

A partir de aquí si vamos a deducir las posibilidades lógicas:

Primera posibilidad. Un contrato de consumo y además celebrado por adhesión. Al contrato se le van a aplicar tanto las reglas contenidas en el contrato de consumidor, además de las reglas que existan en el código de comercio, pero también las reglas específicas de acuerdo a qué clase de relación de consumo se trate- Este contrato esta hiperprotegido porque goza de la protección de los contratos de derecho del consumidor, pero también del régimen de protección a los contratos celebrados por adhesión. En realidad, ese consumidor al ser protegido por el régimen de defensa del consumidor no va a ser mucho lo que le va a agregar, el régimen de los contratos de adhesión.

Segunda posibilidad es que sea un contrato de consumo pero que no se celebró por adhesión. Quizás no sea lo más frecuente. Entonces aquí se va aplicar el régimen de los contratos del Estatuto del Consumidor, pero no el régimen de los contratos de adhesión porque fue libremente negociado. De todas maneras, acá hay que relativizar bastante la

trascendencia de que quede fuera de los contratos de adhesión. En primer lugar, porque ya lo referí, con la protección que tiene vía defensa del consumidor, prácticamente el consumidor no pierde mucho por no tener las pautas de los contratos celebrados por adhesión. También hay que relativizarlo porque el propio código comercial y civil dispone que las propias normas de los contratos celebrados por adhesión se les aplican también a los contratos de consumo, por lo que, a los consumidores por vía indirecta, también se les van aplicar las reglas de los contratos de adhesión.

Tercera posibilidad que podemos encontrar. La de los contratos de adhesión que no son contratos de consumo. Dos empresas celebran sin negociar, un contrato, pero fue una de ellas la que la redactó y no es un proveedor porque la otra tampoco es una consumidora. También por lógica, no se van aplicar las reglas de los contratos de consumo porque no se justifican, pero se van a aplicar las reglas de los contratos de adhesión. Es en este supuesto donde realmente, donde pesa el régimen de los contratos celebrados por adhesión, porque las protecciones no se aplicarían vía consumidor.

Por último, es el caso de un contrato que ha sido negociado (no es celebrado por adhesión), pero tampoco hay una relación de consumo, entonces tampoco hay una relación de consumo. Entonces aquí no se aplica ninguno de los dos regímenes a los que me he venido refiriendo, ni el régimen de los contratos de consumo, ni el régimen de los contratos de adhesión. Este contrato se rige por las reglas generales del contrato, empezando por lo que se pactó y específicamente por las reglas del contrato que se ha negociado, si las tuviere.

3.1.1. La protección del consentimiento

El derecho común de los contratos es mucho más flexible que el derecho del consumidor en materia de consentimiento, lo que obedece a que este último tiene un origen empírico, observa además el carácter de orden público, y muchos de sus textos han obedecido a las presiones de grupos sociales y políticos. El gran decano francés Jean Carbonier⁵² se refería a esta obligación como la “*necesidad de transparencia*”, la cual no nació propiamente con el derecho del consumidor, sino que fue cobrando más importancia a partir de la segunda mitad del siglo XX. Lo más importante para que el consumidor pueda dar su consentimiento es que haya recibido una información suficiente, es decir clara y comprensible lo que equivale a estar informado en forma conveniente sobre el contrato que se propone concluir.

Es importante señalar que la denominada “reticencia dolosa” a la que se refiere el derecho clásico, no guarda ninguna identidad con la obligación de información que trae el derecho del consumidor, porque en dicha reticencia se busca ocultar dolosamente una información que hubiera sido importante para el contratante al momento de tomar la decisión; en tanto que esta voluntad de ocultamiento no existe necesariamente en la obligación de información, donde solo basta que el deudor de esta obligación, no haya informado a la otra parte de una característica importante del contrato. Así un principio del derecho clásico es que no existe obligación de información precontractual, salvo disposición en las cláusulas del contrato o que la reticencia llegara a generar dolo o error sustancial. El deber negativo puede originar nulidad por dolo. “Cuando las maniobras practicadas por una parte son tales que la otra parte de haberlos conocido no hubiera contratado”. Para la apreciación del dolo juega que sea profesional o consumidor.

52 CARBONIER, Jean

Por el contrario, en el derecho del consumidor, y dada la complejidad creciente de los productos que impide verificar debidamente la calidad del producto o comprender su modo de empleo es fundamental para la formación del consentimiento. En síntesis, la obligación precontractual de información es accesoria en el derecho común de los contratos en tanto que en el derecho del consumidor la obligación contractual de información es de carácter principal. Esto se traduce en que la obligación de información *strictu sensu* que es el deber negativo de no engañar en un principio, deriva posteriormente en obligación unilateral de brindar indicaciones precisas y completas.

En efecto, el derecho del consumidor contempla la obligación de informar que constituye un deber positivo de suministrar información sobre el objeto del contrato, o el fabricante sobre la manera de emplear el producto vendido, sobre todo en cierta clase de contratos de consumo, y acerca de la responsabilidad que se tiene en materia de publicidad engañosa. - Los reglamentos de copropiedad exigen la determinación precisa de la cosa, sobre todo de la destinación de zonas privadas y comunes a los copropietarios. Sentencia del 15 de febrero de 2007, exp. 2002-02-25, la Sección 1ª del C. de E. estudió la conducta de publicidad engañosa en el anuncio publicitario tres rollos compactados en uno, de papel higiénico familia.

Ya el artículo 1502 del Código Civil se establecen los requisitos para obligarse. Dice el artículo en referencia:

“Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1, que sea legalmente capaz 2. Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3. Que recaiga sobre un objeto lícito 4 que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o autorización de otra”.

El contrato se forma como consecuencia del consentimiento. Sin embargo, el consentimiento no obliga, más que si la voluntad brindada es sana, es decir está exenta de vicios. El artículo 1508 del mismo código establece: “Los vicios de que puede adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo” Si existen vicios en el consentimiento como error, fuerza o dolo, el contrato no es válido y se puede solicitar su anulación.

La teoría de los vicios del consentimiento es delicada porque se enfrenta a una antinomia fundamental, exigencias que pueden presentarse como contradictorias entre sí: seguridad y justicia. Existe un objetivo de justicia para proteger a los contratantes cuyo consentimiento no sea suficientemente libre; pero también tiene un objetivo de seguridad para las transacciones, para que cualquier malestar de uno de los contratantes, no termine amenazando la estabilidad de las relaciones contractuales.

La teoría general de las obligaciones suministra al derecho del consumo las bases conceptuales de las cuales carece. En consecuencia, en ausencia de un derecho del consumidor, verdaderamente autónomo, hay que acudir a la teoría general de las obligaciones en cada oportunidad que sea necesario. De tal manera que a pesar que las normas se concentran en la protección del consumidor se concentran y en el contenido de las obligaciones del profesional, la teoría general de las obligaciones y de los contratos no pierde su vocación residual.

De esta manera las condiciones de validez del contrato se aplicarán a todos los contratos de consumo bien se trate de la teoría de los vicios del consentimiento, del objeto, de la causa, de las normas sobre capacidad, del respeto del orden público y de las buenas costumbres. En tanto que el derecho del consumidor se aplicara en cuanto al efecto relativo del contrato, los principios de ejecución que trae el estatuto y en cuanto a sus propias normas de interpretación, siempre y cuando no existan disposiciones de derecho común para el caso específico.

Tratándose del derecho del consumidor la obligación de información proviene de la posición de desigualdad que este tiene en la relación con el profesional del comercio. Incluso en muchos casos la abundancia de información puede tornarse contra el propio consumidor, por ejemplo, cuando se trata de información de orden técnico, porque inclusive el consumidor podría llegar a un fenómeno de saturación, pero sin claridad alguna, aunque teóricamente ha recibido todas las informaciones necesarias.

En los contratos de adhesión, como en cualquier otro contrato, la fuerza obligatoria proviene del consentimiento. No obstante, en un contrato de adhesión, las dos voluntades no están igualmente esclarecidas. Quien propone las cláusulas, las conoce bien. Aquel que adhiere puede no conocerlas o no comprenderlas bien.

Ciertas normas inspiradas en el principio de la autonomía de la voluntad vienen para proteger al contratante más débil, especialmente cuando es consumidor. Estas tienen un carácter preventivo, pero también existen reglas que sancionan los vicios en el consentimiento. Estas son las que traen los artículos 23 a 28 de la Ley 1480 de 2011 información mínima y responsabilidad; contenido de la información; las condiciones especiales cuando se trate de productos nocivos para la salud; la información pública de precios; así como una especial protección cuando se trate información dirigida a niños, niñas y adolescentes.

La existencia de contratos de adhesión en materia de consumidor presume que el consumidor adhirió a las cláusulas que le presento el profesional, bien estas se encuentren en el documento principal, los anexos, los documentos de garantía, tiquetes en materia de boletería, o bonos varios. Por esta razón el legislador ha impuesto en materia de consumidor una obligación precontractual de información, impone una formación diferida del contrato para privilegiar la reflexión, impone ciertos formalismos en ciertas relaciones de consumo y contratos, y no vacila en castigar conductas que atentan contra ese consentimiento informado.

Si en aquellos contratos que permiten plazos de reflexión para la formación del contrato esto son observados, no se observan cláusulas abusivas y se cumplió con la obligación de informar en general y si es del caso con menciones obligatorias, no es posible que el consumidor alegue un error; pero podrá invocar los vicios de consentimiento por fuerza o dolo.

3.1.2. La exigencia del equilibrio contractual

En el derecho clásico de los contratos no existen normas o principios que se ocupen del equilibrio contractual. Según el principio de autonomía de la voluntad los contratos y las convenciones son ley para las partes. Los mismos no pueden ser revocados sino por consentimiento mutuo o por causas que establezca la ley, y el contrato resiste al tiempo y a la voluntad unilateral, es decir que es irrevocable e inmutable.

Por esta razón, las normas del derecho de los contratos en el derecho privado son supletivas de la voluntad de los contratantes, y si una norma se advierte poco favorable para el profesional, este puede descartarla. Además, a la luz del derecho tradicional se podrían imponer cláusulas particularmente estrictas en contra de los consumidores. Esto es lo que pretende remediar el Estatuto del Consumidor que es la Ley 1480 de 2011.

La conceptualización acerca del desequilibrio económico del consumidor puede verse en dos direcciones distintas. La primera si hacemos énfasis en la noción de equilibrio; en tanto que la segunda, si hacemos énfasis en la noción de abuso que nos lleva a la noción de cláusula abusiva.

La conceptualización vinculada al principio del equilibrio contractual tiene dos grandes tendencias en la doctrina:

Los autores que hacen equivalente el principio de proporcionalidad con el de equilibrio contractual, quienes son la mayoría y propenden por un restablecimiento de un cierto equilibrio y de una cierta proporcionalidad en el contrato, lo cual analizan más que sobre el terreno de clausulado del contrato, sobre la noción o idea de desequilibrio significativo, que por supuesto no es fácil de manejar.

Por ejemplo, Mme Le Gac-Pech⁵³, plantea unos “subcriterios” de desequilibrio significativo y señala con respecto a la regulación comunitaria europea *“el desequilibrio significativo está caracterizado de diversas maneras porque el carácter abusivo viene del defecto de conmutatividad entre las obligaciones reciprocas, pero igualmente del defecto de reciprocidad entre los derechos de los contratantes. Mientras que la conmutatividad reenvía a la idea de equivalencia de las prestaciones, la de reciprocidad subentiende más que todo una idea de igualdad entre los contratantes”*. Por su parte, otro autor, M. Bakouche⁵⁴ señala que *el desequilibrio significativo debería tomarse para probar ante el juez una apreciación mucho más objetiva que es el “exceso” de la estipulación en discusión. El exceso o la cláusula excesiva es “una prenda de seguridad jurídica en la que, descartando toda forma de consideraciones subjetivas (por ejemplo había celebrado una reforma donde se había suprimido el criterio de abuso de la poder económico, porque lo consideraba un criterio subjetivo, que tenía que ver con el comportamiento del contratante y no del contrato), ella permitiría ahorrar, o al menos reducir, la incertidumbre en cuanto al punto de saber si tal acto o tal hecho sería susceptible de ser considerado por el juez como excesivo”*. Para el mismo autor, *“el juez debe pues únicamente examinar el efecto de la cláusula sobre el equilibrio contractual para decidir si ella es abusiva (...) La apreciación del carácter excesivo de las obligaciones de una de las partes con respecto a las de su cocontratante no reside sobre consideraciones subjetivas o personales (...) Solo cuenta el efecto de la cláusula- el carácter excesivo, el desequilibrio contractual- su causa, -el abuso- debe permanecer indiferente”*.

53
54

GAC-PECH, Mme Le
BAKOUCHE, M.

La conceptualización vinculada a la sanción del abuso. Para un primer autor que es M. Karimi⁵⁵, una cláusula abusiva es la expresión de un abuso del derecho. Para M. Stoffel-Munch⁵⁶ es un abuso de la libertad contractual.

- Karimi tiene una concepción amplia de la noción de cláusula abusiva que comprendería a la vez aquellas estipulaciones de naturaleza abusiva, relativas a la formación del contrato, las reglamentadas por el Estatuto del Consumidor, y aquellas que sean potencialmente abusivas, en el sentido de que ellas resultan desde la ejecución del contrato. Las primeras categorías de cláusulas revelarían un abuso del derecho de contratar, mientras que las segundas se traducirían en un abuso de los derechos contractuales.

- Para M. Stoffel-Munch es un abuso de la libertad contractual, ya que el autor distingue el abuso, falta de comportamiento reprochable al titular del derecho, del abuso que constituye un límite de la fuerza obligatoria de una cláusula. Las cláusulas abusivas pertenecerían a esta segunda categoría.

El desequilibrio está delimitado en el Estatuto del Consumidor en función de los contratos, de las cláusulas y de la calidad de los contratantes.

El derecho del consumidor es consciente que, en muchos contratos de consumo, el consentimiento no se expresa de una manera libre ni con la suficiente claridad, pero sin embargo los contratos no son nunca anulados, porque para hacerlo, sería necesario acudir a un proceso jurisdiccional, y el consumidor no siempre está en la posibilidad ni disponibilidad de efectuar ese esfuerzo, en particular tratándose de ciertos bienes o servicios, que por su bajo valor económico no lo justifican.

El Estatuto del Consumidor se ocupa de establecer acciones administrativas y jurisdiccionales más expeditas para que el consumidor pueda reclamar sus derechos, pero además cada vez se va haciendo más común, que las Superintendencias correspondientes (Industria y Comercio, Financiera, Servicios Públicos, Salud entre otras) se preocupen por la redacción minuciosa de las obligaciones en cada uno de los sectores, y porque en ellos estén muy bien definidos los términos empleados. Por otra parte, es importante que se incluyan anexos técnicos, y manuales de manejo y utilización de los productos.

En cuanto a los contratantes, en primer lugar, el artículo 3 de la Ley 1480 de 2011 se refiere al reconocimiento de los derechos y deberes tanto a los consumidores como de los usuarios. Tanto los consumidores como los usuarios pueden ser víctimas del desequilibrio contractual, frente a actores del mercado que puedan ejercer su mayor poder económico y técnico en la contratación de un producto o un servicio. El Estatuto del Consumidor advierte que la tradicional diferencia entre consumidor y usuario se ha ido desvaneciendo, en la medida en que muchas actividades económicas que prestaba el Estado, en la actualidad se prestan por empresas privadas o de economía mixta, lo que va haciendo más difícil la delimitación entre las dos funciones en virtud del artículo 5 del mismo estatuto, que trae las definiciones, en su numeral 3, señala que consumidor o usuario es:

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

Según un primer elemento de esta definición “Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto”, al parecer está señalando que existen dos clases de consumidores.

En primer lugar, los que, como *destinatario final*, adquieran un determinado producto con un fin no relacionado con su actividad económica profesional. El consumidor en este caso celebra un contrato con un profesional, que es un contrato de consumo. Existen contratos muy variados de consumo como venta, arrendamiento, crédito, seguros; pero, además, que la calidad de consumidor la posee quien adquiera, disfrute o utilice un determinado producto o servicio, y no quien lo suministre, y mucho menos lo revenda, porque no puede ser considerado un consumidor.

Existen también otros consumidores que utilizan los bienes con un fin no profesional. El profesional que lo adquiere se confunde con el que lo utiliza, aunque no sea siempre así. Un bien adquirido por una persona puede ser utilizado por los miembros de la familia. Aunque son consumidores no celebraron el contrato.

El consumidor en Colombia puede ser tanto una persona física como moral y como señala el artículo, pueden ser personas que no tienen una actividad profesional como serían las personas sin ánimo de lucro (fundaciones y corporaciones); los sindicatos, los copropietarios, etc.

Un segundo elemento de la definición es que puede tratarse de bienes o de servicios, y esta es una de las razones por las cuales se establece dentro de la categoría de consumidor la de usuario.

Todos los bienes pueden ser objeto de consumo, desde que no sean utilizados con un fin profesional. No se puede reducir el consumo a los bienes que se consumen (los alimentos), es decir a los bienes que son destruidos con el primer uso. Existen bienes durables como el vehículo automotor, los electrodomésticos o los inmuebles utilizados para vivienda.

El consumo comprende también los servicios, expresión que cubre todas las prestaciones apreciables en dinero con exclusión del suministro de bienes. Existen servicios de naturaleza material como las reparaciones o la limpieza; de naturaleza financiera (seguros y créditos de consumo), y otros de naturaleza intelectual como los cuidados médicos y la atención jurídica. Todos son servicios consumibles siempre que su finalidad no sea utilizarlos con fines profesionales.

La calidad de la persona que suministra el bien o el servicio no tiene importancia en la definición de quien es consumidor. El proveedor puede ser una persona física cualquiera que sea su profesión (comercial, artesanal, liberal o independiente). Puede ser también una persona moral (una sociedad, una empresa industrial y comercial del Estado o una empresa de economía mixta). Puede provenir del sector privado o del sector público. Generalmente el proveedor tiene la calidad de profesional que es lo que coloca al consumidor en situación de inferioridad y lo que justifica el empleo de las normas de protección a su calidad de consumidor.

El tercer elemento de la definición es el criterio esencial, y es que el consumidor tiene que utilizar el bien o el servicio con un fin que no sea profesional- A diferencia del consumidor el profesional es la persona que obra por necesidades de su profesión. La palabra profesional en derecho de consumidor designa toda actividad organizada con un fin de producción, de distribución o de prestación de servicios. El profesional puede ser una persona física o una persona moral, una sociedad importante o un pequeño comerciante, público o privado⁵⁷.

57 CALAIS AULOY, Jean. Droit de la Consommation, Editions Dalloz, 3^e Edition, pág. 3.4 y 5.

3.1.3. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Aunque la igualdad contractual en la tradición jurídica nunca fue una condición de validez de los contratos y de las convenciones, mediante el derecho del consumidor se intenta restablecer cierto equilibrio contractual, lo que, para algunos, sucede en detrimento de los principios generales. Lo anterior obedece a que, en el concepto tradicional del contrato, la “autonomía de la voluntad” era la ley suprema y en consecuencia concurrían cuatro elementos: la libertad de celebrar el contrato; la libertad de determinación de su contenido; la libertad de modificarlo; y la libertad de rescindirlo o de resolverlo⁵⁸. Según la doctrina clásica de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad, los contratos y las convenciones son ley para las partes, porque parten de voluntades que se presumen libres e iguales. Por esta razón, los mismos no pueden ser revocados sino por consentimiento mutuo o por causas que establezca la ley, y el contrato resiste al tiempo y a la voluntad unilateral, o sea que es irrevocable e inmutable. Por eso se percibe con facilidad que el principio de la fuerza obligatoria de los contratos es uno de los que eventualmente se ve afectado a la luz de la teoría clásica de las obligaciones y de los contratos con la aplicación de las cláusulas abusivas de pleno derecho.

Las cláusulas abusivas pueden existir en cualquier clase de contrato sea este de adhesión o de aquellos que aparentemente han sido negociados. Las cláusulas abusivas son de muy diversas categorías. Algunas organizan la formación del contrato, como son el objeto o el precio que debe cancelar el consumidor, donde tradicionalmente el profesional se reservaba la posibilidad de realizar algunas modificaciones a lo previsto inicialmente con el consumidor. Otras cláusulas abusivas se refieren a las obligaciones de las partes como son las que se refieren a los vicios ocultos, que es el dominio predilecto de las mismas; y finalmente; las hipótesis de inejecución del contrato por una de las partes, y los litigios que pueden enfrentar a los contratantes; o incluso las que hacen obligatoria el acudir a una determinada jurisdicción con el propósito de hacer más oneroso el ejercicio de sus acciones y la defensa de sus intereses.

Ciertos autores han deseado extender la prohibición de las cláusulas abusivas a los contratos concluidos entre profesionales. Ellos estiman que el derecho común parte de la buena fe en la ejecución del contrato, del deber de lealtad, de la teoría de la causa, del poder moderador, etc.; y sostienen que los profesionales pueden estar como los consumidores en un estado de inferioridad. Sin embargo, la jurisprudencia en el derecho comparado no es pacífica. En primer lugar, los teóricos y practicantes del derecho de los contratos tienen la sensación que a través de la detección y sanción de las cláusulas abusivas entre profesionales se establece una nueva barrera a la libertad contractual y al respecto de la ley contractual que ha sido la tradición⁵⁹.

Encuentran que existe un primer riesgo que es la anulación del contrato en su conjunto por vicio en el consentimiento. Otro aspecto es la oponibilidad del contenido contrato, porque uno de los profesionales va a tener a su carga la necesidad de probar que todos los documentos del contrato emanados de él fueron conocidos por la parte contraria y aceptados por ella. Un tercer aspecto es que el profesional que redacta el contrato, tiene que tener como presupuesto que en la interpretación del contrato el favorecido va a ser el otro contratante. Y el principal: la buena fe. ¿Valida, también aceptada, clara una u otra cláusula por ejemplo resolutoria, plazo, se puede llegar a aducir por uno de los profesionales que se puso en práctica de mala fe?

58 GHERSI, Carlos A, Contratos problemática moderna: Nulidades contractuales y cláusulas abusivas, Ediciones Jurídicas Cuyo, pág. 171.

59 JAMIN, Christophe et MAZEAUD, Denis, Les Clauses Abusives entre Professionnels, Ed. Economique, 1998.

La doctrina a través de diferentes autores se pregunta cuál sería la seguridad de las relaciones jurídicas hacia el futuro, si en cualquier momento el contrato podría vaciarse de gran parte de su contenido, y continuar sujeto a ser ejecutado. Dónde quedaría la lógica de la conmutatividad, a partir de que el contrato es un todo, donde en el cual cada uno encuentra la lógica de las obligaciones del otro la contrapartida de las suyas. Porque entonces destruir esa lógica, sobre todo tratándose de profesionales, quienes son personas que se benefician de su actividad contractual, y están obligados a saber qué es lo que hacen.

Este es un tema que deja muchos interrogantes. ¿En caso de aceptar los profesionales, a cuáles proteger? ¿A los profanos, es decir los que celebran los contratos fuera de su esfera de actividad y en terrenos que les son desconocidos? Por ejemplo, un joyero que compra una alarma para proteger su almacén de joyería o para proteger su residencia. Surge también, la pregunta de cuales cláusulas combatir. Por supuesto las que están en estatutos especiales como las de competencia, sociedades, derecho del trabajo y seguros, entre otras. También las que tengan una naturaleza fraudulenta (por ejemplo, una cláusula que señale que todas las disposiciones del contrato son esenciales y que la anulación de alguna anula todo el contrato).

Una cláusula contractual puede ser abusiva en razón de su origen o de sus efectos. Puede originarse en el abuso de los contratantes especialmente en las relaciones entre profesionales y consumidores, y puede entrañar un beneficio ilegítimo en beneficio de la parte más fuerte. Tratándose de las relaciones entre profesionales de una parte están los que consideran que la prohibición de las cláusulas abusivas debe extenderse a los profesionales y argumentan que el derecho común (buena fe en la ejecución del contrato, deber de lealtad, teoría de la causa, poder moderador,...), y por la otra, están pronunciamientos jurisprudenciales que consideran que la actividad profesional ejercida por un cocontratante profesional excluye de la protección, sean estos dependientes o ignorantes de la prohibición⁶⁰

Considero, salvo mejor opinión, que en las relaciones entre profesionales hay una mayor interdependencia entre las cláusulas contractuales, lo que no ocurre en el caso del consumidor, donde la relación es más estándar, por decirlo de alguna manera. En la relación entre profesionales hay un entrecruzamiento de derechos y obligaciones a tal punto que es peligroso aislar una cláusula del contexto general.

No obstante, lo anterior, el hecho de intentar someter a otro contratante a obligaciones que crean un desequilibrio significativo en las obligaciones de las partes comprometidas, ha sido objeto de una figura que consagra el derecho continental europeo, que es el abuso de dependencia económica. Por ejemplo, cuando un profesional no puede cambiar fácilmente de cadena de distribución y el proveedor es quien le suministra gran parte de sus productos; o cuando se le impone al proveedor que tiene que cancelar una remuneración por servicios comerciales que no son reales (ficticios), podría considerarse un abuso del derecho, hasta tanto se consagra esta figura en nuestro medio jurídico.

Por supuesto proliferan en aquellos en los que el consumidor no puede discutir el contrato, y al tratarse de contratos de adhesión, dicha calificación hace presumir, que el profesional fue el que impuso las cláusulas. La doctrina extranjera es abundante en citar contratos que resultan propensos a que se incluyan en ellos cláusulas abusivas. Señalan que se presentan en los contratos de compraventa, los créditos financieros, arrendamientos de vehículos, acceso a internet, telefonía móvil, entre otros.

⁶⁰ MALAURIE, Philippe, AYNES, Laurent et STOFFEL-MUNCK, Philippe, LES OBLIGATIONS, Ed, Defrenois, 4^ª Edition, 2009, pág. 373.

El Estatuto del Consumidor en el capítulo III, considera como ilícitas ciertas cláusulas cuando estas introducen un desequilibrio significativo en el contrato de consumo. Para el derecho tradicional, el cual protege el consentimiento de los contratantes, pero dentro de un esquema de libre negociación del contrato, esta posición legislativa y jurisprudencial relativiza la fuerza obligatoria de los contratos.

El artículo 42 de la Ley 1480 de 2011 trae el concepto y la prohibición de incluir cláusulas abusivas en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 42. CONCEPTO Y PROHIBICIÓN. Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza.

Los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, En caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho.”

En ciertas legislaciones se requieren dos elementos: por una parte, un abuso del poder económico, y por la otra, una ventaja excesiva que se vería reflejada en el carácter determinado o determinable del precio, así como a su pago, la consistencia de la cosa o su envío, la carga de los riesgos, la extensión de las responsabilidades y garantías, las condiciones de ejecución, la resiliación, resolución o reconducción de las convenciones. En Colombia se requiere el desequilibrio injustificado, lo que puede ser en principio más amplio, pero también más difícilmente previsible.

En desarrollo de la protección al consumidor que contempla la Ley 1480 de 2011, resulta evidente que el profesional no podría incluir una cláusula con los siguientes presupuestos en su favor, y por esta razón el legislador lo estableció en forma perentoria en el artículo 38 del estatuto.

ARTÍCULO 38. CLÁUSULAS PROHIBIDAS. En los contratos de adhesión, no se podrán incluir cláusulas que permitan al productor y/o proveedor modificar unilateralmente el contrato o sustraerse de sus obligaciones.

La Ley 1480 de 2011 también precisa que el hecho de que haya existido alguna negociación sobre ciertas cláusulas no implica que un contrato deje de considerarse de adhesión o de condiciones generales.

ARTÍCULO 40. APLICACIÓN. El hecho de que algunas cláusulas de un contrato hayan sido negociadas, no obsta para la aplicación de lo previsto en este capítulo.

3.1.3.1. Tipos de cláusulas abusivas

Otra de las formas de protección que trae el Estatuto del Consumidor /Ley 1480 de 2011) es la prevención de los atentados contra la seguridad económica. Los contratos de consumo son en gran parte, documentos estandarizados, unilateralmente preparados por los profesionales y que se someten a la adhesión (aceptación) de los consumidores, sin que ninguna modificación les sea permitida, antes de su formación.

Por diversas que sean las cláusulas abusivas tienen algunos puntos en común, por ejemplo, frente a su objeto y esto proviene de su gestación, es decir porque se dan especialmente en contratos de adhesión. En cuanto a su objeto, las cláusulas de adhesión siempre tratan de mejorar la situación del profesional, de aligerar sus obligaciones, de facilitar la ejecución del contrato o de exigir más compromiso de parte del otro contratante. Ya decíamos que el hecho que estas cláusulas abusivas se introduzcan en los contratos de adhesión conlleva serios peligros para quien adhiere, como es el caso del consumidor.

La doctrina europea señala que existen cláusulas negras, es decir aquellas que son abusivas por naturaleza y sin ineficaces de pleno derecho; y cláusulas grises que se presumen abusivas, pero el profesional tiene la libertad y la posibilidad de probar que no lo son.

Tratándose de contratos de adhesión o de contratos relativos al derecho del consumidor, la Unión europea ha creado tres reglas de interpretación específicas:

1. Las cláusulas manuscritas o individualizadas prevalecen sobre aquellas que hacen parte de las condiciones generales o están redactados por anticipado.
2. Las cláusulas restrictivas deben ser redactadas de manera clara y precisa, así por ejemplo en la legislación sobre seguros deben destacarse las cláusulas que consagren vencimientos o exclusiones del seguro.
3. Las cláusulas ambiguas se interpretan en favor del consumidor, lo que constituye una excepción a la norma de derecho común donde el juez busca la voluntad de las partes contratantes, antes que ceñirse al sentido literal de los términos. Aquí se aplica la interpretación en favor del consumidor. En la práctica de algunos arbitrajes sobre contratos internacionales, se reconoce en las interpretaciones una forma de reconocimiento de la validez del contrato, y se acude a lo que se denomina el “efecto útil” de la cláusula.

El artículo 43 del Estatuto del Consumidor colombiano (Ley 1480 de 2011), enumera cuales son las cláusulas ineficaces de pleno derecho. Señala que son ineficaces de pleno derecho las cláusulas que:

- “1. Limiten la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley les corresponden;*
- 2. Impliquen renuncia de los derechos del consumidor que por ley les corresponden;*

- 3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;*
- 4. Trasladen al consumidor o un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad del productor o proveedor;*
- 5. Establezcan que el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado;*
- 6. Vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumpla sus obligaciones;*
- 7. Concedan al productor o proveedor la facultad de determinar unilateralmente si el objeto y la ejecución del contrato se ajusta a lo estipulado en el mismo;*
- 8. Impidan al consumidor resolver el contrato en caso que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor, salvo en el caso del arrendamiento financiero;*
- 9. Presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo;*
- 10. Incluyan el pago de intereses no autorizados legalmente, sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal.*
- 11. Para la terminación del contrato impongan al consumidor mayores requisitos a los solicitados al momento de la celebración del mismo, o que impongan mayores cargas a las legalmente establecidas cuando estas existan;*
- 12. Obliguen al consumidor a acudir a la justicia arbitral. (Este numeral debe ser revisado a la luz de la Ley 1563 de 2012, Ley de Arbitraje, que expresamente lo derogó en el artículo 118).*
- 13. Restrinjan o eliminen la facultad del usuario del bien para hacer efectivas directamente ante el productor y/o proveedor las garantías a que hace referencia la presente ley, en los contratos de arrendamiento financiero y arrendamiento de bienes muebles.*
- 14. Cláusulas de renovación automática que impidan al consumidor dar por terminado el contrato en cualquier momento o que imponga sanciones por la terminación”.*

Es muy probable que una cláusula a priori juzgada abusiva, encuentre su explicación en otra, en sentido opuesto. Por ejemplo, una prescripción puede ser muy corta porque las obligaciones pactadas son muy pesadas para una de las partes. En algunos casos la identificación del desequilibrio puede derivar en la aplicación de una drástica sanción: la cláusula se entiende como no escrita. La Ley 1480 de 2011 señala con claridad frente a estas cláusulas que la doctrina denomina “negras”, porque el profesional no tiene la posibilidad de desvirtuar la calidad de abusivas, cuál es el efecto, frente al contrato considerado en forma integral.

“ARTÍCULO 44. EFECTOS DE LA NULIDAD O DE LA INEFICACIA. La nulidad o ineficacia de una cláusula no afectará la totalidad del contrato, en la medida en que este pueda subsistir sin las cláusulas nulas o ineficaces”.

Cuando el contrato subsista, la autoridad competente aclarará cuáles serán los derechos y obligaciones que se deriven del contrato subsistente”.

3.1.3.2. Las condiciones negociales generales y los contratos de adhesión

Carlos A Gherzi, hace la siguiente distinción entre contratación de adhesión. Distingue entre la negociación de adhesión individual y la negociación de adhesión masiva. Mientras en la negociación de adhesión individual las posiciones de los contratantes guardan la situación de desequilibrio originada en que el sometimiento o dominación contractual proviene de la imposición de otro contratante o de un tercero; en la contratación de adhesión masiva se asienta y desarrolla sobre la base de pautas contractuales fijadas de antemano por una de las partes idénticas para un sin número de contratos, que se denominan condiciones negociales generales.

Señala Gherzi, que *“las condiciones generales adquieren el carácter de tales cuando son “el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una empresa o grupo de empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquella o este celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate.”*⁶¹

De esta manera Gherzi señala con claridad que las Condiciones negociales generales y contratos de adhesión, se constituyen en la única posibilidad de acceso a la prestación objeto de la contratación. Advierte a renglón seguido, que:

“Si en la concepción clásica del contrato, la afectación del consentimiento implicaba la nulidad del contrato por faltarle uno de los elementos estructurales, en la estructura de Contratación de Adhesión a Condiciones Generales, no podrá considerarse estar en presencia de “consentimiento contractual”, como expresión de la libertad negocial, sino que- por el contrario- estamos frente a un acto de “asentimiento”.

La expresión contratos de adhesión proviene de la doctrina francesa, donde fue utilizada por primera vez por Saleilles en 1901, en su obra De la Declaración de la voluntad, y después adoptada por otros autores. Condiciones generales de los contratos en cambio, proviene de la doctrina alemana, donde es utilizada de manera generalizada. En Italia se utilizan indistintamente términos equivalentes, lo mismo que en los países anglosajones.⁶²

Se entiende por Condiciones Generales las cláusulas predisuestas por un profesional en una pluralidad de contratos con independencia de la autoría material de las mismas. “Este requisito hace referencia a que las condiciones generales tienen como objetivo regular de manera uniforme los contratos que celebre el predisponente, como una manifestación del tráfico en masa, que le permite una racionalización y reducción de costes en el ámbito de la distribución o comercialización de sus productos, pero también establecer una regulación única para todos ellos, al poder estudiar mejor las consecuencias posibles para imponer, con más conocimiento de causa, cláusulas que le favorezcan, aumentando el desequilibrio en la situación de partida con sus clientes, que no pueden permitirse un análisis de la situación.”⁶³

⁶¹ GHERZI, Carlos y colaboradores, Contratos civiles y comerciales, 3ª edición, Ed. Astrea, Buenos Aires pág. 1994.

⁶² BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio, Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad; tesis doctoral; Editorial J.M Bosh, pág. 61.

⁶³ Ibidem. Pág. 74.

La Ley 1480 de 2011 establece los requisitos mínimos de las denominadas Condiciones Negociales Generales y contratos de adhesión:

ARTÍCULO 37. CONDICIONES NEGOCIALES GENERALES Y DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN. Las Condiciones Negociales Generales y de los contratos de adhesión deberán cumplir como mínimo los siguientes requisitos:

1. Haber informado suficiente, anticipada y expresamente al adherente sobre la existencia efectos y alcance de las condiciones generales. En los contratos se utilizará el idioma castellano.

2. Las condiciones generales del contrato deben ser concretas, claras y completas.

3. En los contratos escritos, los caracteres deberán ser legibles a simple vista y no incluir espacios en blanco, En los contratos de seguros, el asegurador hará entrega anticipada del clausulado al tomador, explicándole el contenido de la cobertura, de las exclusiones y de las garantías.

Serán ineficaces y se tendrán por no escritas las condiciones generales de los contratos de adhesión que no reúnan los requisitos señalados en este artículo.

La celebración de un contrato con condiciones generales pre-redactadas por la parte fuerte de la negociación, no implica –sin más- estar frente a cláusulas a las que se podría calificar como Abusivas, porque no siempre una cláusula predispuesta es necesariamente una cláusula abusiva.

3.1.3.3. Otras clases de cláusulas: la cláusula de permanencia mínima

Existe una gran variedad de cláusulas abusivas y depende del sector en el cual se utilice el contrato de adhesión, los profesionales se han ingeniado la forma de tratar de introducirlas en la relación contractual correspondiente. El Estatuto del Consumidor se refiere a las cláusulas de permanencia mínima que se aplican en diversas clases de contrato del artículo 41 que señala:

ARTÍCULO 41. CLÁUSULA DE PERMANENCIA MÍNIMA. La cláusula de permanencia mínima en los contratos de tracto sucesivo solo podrá ser pactada de forma expresa cuando el consumidor obtenga una ventaja sustancial frente a las condiciones ordinarias del contrato, tales como cuando se ofrezcan planes que subsidien algún costo o gasto que deba ser asumido por el consumidor, dividan el pago de bienes en cuotas o cuando se incluyan tarifas especiales que impliquen un descuento sustancial, y se pactarán por una sola vez, al inicio del contrato. El período de permanencia mínima no podrá ser superior a un año, a excepción de lo previsto en los parágrafos 1º y 2º.

El proveedor que ofrezca a los potenciales consumidores una modalidad de contrato con cláusula de permanencia mínima debe también ofrecer una alternativa sin condiciones de permanencia mínima, para que el

consumidor pueda comparar las condiciones y tarifas de cada una de ellas y decidir libremente.

En caso de que el consumidor dé por terminado el contrato estando dentro del término de Vigencia de la cláusula de permanencia mínima solo está obligado a pagar el valor proporcional del subsidio otorgado por los periodos de facturación que le hagan falta para su vencimiento.

En caso de prorrogarse automáticamente el contrato una vez vencido el término de la cláusula mínima de permanencia, el consumidor tendrá derecho a terminar el contrato en cualquier momento durante la vigencia de la prórroga sin que haya lugar al pago de sumas relacionadas con la terminación anticipada del contrato, salvo que durante dicho periodo se haya pactado una nueva cláusula de permanencia mínima en aplicación de lo previsto en el parágrafo 1º del presente artículo.

PARÁGRAFO 1º. Solo podrá pactarse una nueva cláusula de permanencia mínima, cuando el proveedor ofrezca al consumidor unas nuevas condiciones que representen una ventaja sustancial a las condiciones ordinarias del contrato.

PARÁGRAFO 2º. La Superintendencia de Industria y Comercio podrá instruir la forma en que se deberá presentar a los consumidores la información sobre las cláusulas mínimas de permanencia y las cláusulas de prórroga automática. También podrá fijar periodos de permanencia mínima diferentes a un año, cuando las condiciones del mercado así lo requieran.

La Superintendencia de Industria y Comercio SIC, emitió un concepto a partir de una solicitud radicada bajo el Nro. 17-11486 sobre la cláusula de permanencia en la prestación de servicio de telefonía fija, internet y televisión, Concepto 1515101745 de junio 18 de 2015. Señalo en su momento la SIC:

“3.1. Cláusula de permanencia mínima en servicios de comunicaciones

El artículo 1.49 de la Resolución CRC 5050 de 2016, define la cláusula de permanencia así:

“CLÁUSULA DE PERMANENCIA MÍNIMA PARA LOS USUARIOS DEL SERVICIOS DE COMUNICACIONES: Estipulación contractual que se pacta por una sola vez al inicio del contrato, en los casos expresamente admitidos por la regulación, por medio de la cual el usuario que celebra el contrato se obliga a no terminar anticipadamente su contrato, so pena de tener que pagar los valores que para tales efectos.

1. Por la cual de compilan las Resoluciones de Carácter General vigentes expedidas por la Comisión de Regulación Comunicaciones se hayan pactado en el contrato, los cuales en ningún caso se constituirán en multas o sanciones. El periodo de permanencia mínima no podrá ser superior a un año y no podrá renovarse ni prorrogarse.”

En concordancia con lo anterior, el artículo 2.1.3.9., de la precitada resolución dispone lo siguiente, respecto a la redacción de la cláusula de permanencia mínima:

“ARTÍCULO 2.1.3.9. REDACCIÓN CLARA Y EXPRESA DE CLÁUSULAS DE PERMANENCIA MÍNIMA. Las cláusulas de permanencia mínima, de plazo contractual y/o de prórroga automática deben redactarse de manera clara y expresa, de tal manera que resulten comprensibles para el usuario.

Cuando el proveedor ofrezca contratos con cláusula de permanencia mínima, ésta debe ir en anexo separado del contrato, cumpliendo el lleno de requisitos establecidos en el ARTÍCULO 2.1.3.7 del TÍTULO II. En todo caso, el anexo de que trata el presente artículo deberá incorporar en su inicio el siguiente texto, en letra de tamaño no inferior a cinco (5) milímetros y en un color diferente al del contrato:

[Señor usuario, el presente contrato lo obliga a estar vinculado con (nombre del proveedor) durante un tiempo mínimo de (...) meses, además cuando venza el plazo indicado el presente contrato se renovará automáticamente por otro periodo igual y, finalmente, en caso de que usted decida terminar el contrato antes de que venza el periodo de permanencia mínima señalado usted deberá pagar los siguientes valores (tabla de valores, según el tiempo en meses de anticipación a la terminación). Una vez esta condición sea aceptada expresamente por usted, debe permanecer en el contrato por el tiempo acordado en la presente cláusula, y queda vinculado con (nombre del proveedor) de acuerdo con las condiciones del presente contrato]. El mencionado anexo deberá constar en el mismo medio en que, a elección del usuario, es entregado el contrato, de conformidad con las reglas previstas en el numeral 2.1.3.1.1 del ARTÍCULO 2.1.3.1 del TÍTULO II.

En consecuencia, la cláusula de permanencia mínima es una condición contractual en la que el usuario se obliga a no dar por terminado el contrato de prestación de servicios de manera anticipada y puede pactarse siempre y cuando medie aceptación escrita por parte del usuario que suscribió el contrato y se deben extender en documento aparte.

3.1.3.3.1 Cláusula de permanencia mínima en servicios de comunicaciones móviles

El artículo 2.4.1.1., de la Resolución CRC 5050 de 2016 (1) establece lo siguiente sobre las cláusulas de permanencia mínima para servicios de comunicaciones móviles:

“CLÁUSULAS DE PERMANENCIA MÍNIMA VIGENTES. Los contratos con cláusulas de permanencia mínima que hayan sido celebrados con anterioridad al 1º de julio de 2014, podrán continuar vigentes conforme fueron pactados. Los proveedores de servicios de comunicaciones móviles no podrán prorrogar o renovar la cláusula de permanencia mínima establecida en dichos contratos. En caso de terminación anticipada del contrato, los proveedores de servicios de comunicaciones móviles deberán suministrar información al usuario sobre el tiempo que falta para el vencimiento de la cláusula de permanencia mínima, así como el valor que éste debe pagar por dicha terminación. Esta información deberá

ser suministrada a través de los mecanismos obligatorios de atención al usuario de que trata el ARTÍCULO 2.1.3.1 numeral 2.1.3.1.9 y el ARTÍCULO 2.1.6.3 del CAPÍTULO 1 del TÍTULO II y de forma inmediata cuando el usuario así lo solicite. A partir del 1º de julio de 2014 los proveedores de servicios de comunicaciones móviles deberán incluir en la factura mensual de los contratos donde se hayan establecido cláusulas de permanencia mínima, un espacio específico con la siguiente información:

- a. Precio de venta total del equipo terminal móvil,*
- b. Valor del pago inicial realizado por el usuario por el equipo terminal móvil, c. Valor correspondiente al descuento sustancial asociado a una tarifa especial y/o descuento por concepto de subsidio o financiación,*
- d. Fechas exactas (día/mes/año) de inicio y finalización de la cláusula de permanencia mínima,*
- e. Valor a pagar por terminación anticipada teniendo en cuenta para ello la fecha de corte (día, mes y año) del periodo de facturación respectivo.*

Por lo anterior, los contratos de servicios de comunicaciones móviles que hayan sido celebrados con anterioridad al 1º de julio de 2014 continuarán vigentes conforme a las condiciones que hayan sido pactadas, sin la posibilidad de prórroga o renovación de la misma por parte de los proveedores de servicios de comunicaciones.

En el evento en que suceda la terminación anticipada del contrato, los proveedores de servicios de comunicaciones móviles deberán suministrar información al usuario de comunicaciones sobre el tiempo que falta para el vencimiento de la cláusula de permanencia mínima, así como el valor que éste debe pagar por dicha terminación; dicha información deberá ser suministrada a través de los mecanismos obligatorios de atención al usuario (oficinas físicas y virtuales de atención al usuario, y las líneas gratuitas de atención al usuario) y de forma inmediata cuando el usuario así lo solicite.

A partir del 1º de julio de 2014 los proveedores de servicios de comunicaciones móviles deberán incluir en la factura mensual de los contratos donde se hayan establecido cláusulas de permanencia mínima, la siguiente información: a) Precio de venta total del equipo terminal móvil; b) Valor del pago inicial realizado por el usuario por el equipo terminal móvil; c) Valor correspondiente al descuento sustancial asociado a una tarifa especial y/o descuento por concepto de subsidio o financiación; d) Fechas exactas (día/mes/año) de inicio y finalización de la cláusula de permanencia mínima; e) Valor a pagar por terminación anticipada teniendo en cuenta para ello la fecha de corte (día, mes y año) del periodo de facturación respectivo.

3.1.3.3.2. Cláusula de permanencia mínima en servicios de comunicaciones fijos (telefonía fija, internet fijo y televisión por suscripción)

El artículo 2.1.3.7 de la Resolución CRC 5050 de 2016 dispone lo siguiente:

“CONDICIONES PARA EL ESTABLECIMIENTO DE CLÁUSULAS DE PERMANENCIA MÍNIMA, VALORES A PAGAR POR LA TERMINACIÓN ANTICIPADA Y PRÓRROGAS AUTOMÁTICAS. Las cláusulas de permanencia mínima sólo podrán ser pactadas en los contratos de los servicios de comunicaciones fijos (telefonía fija, internet fijo y televisión por suscripción), cuando se otorgue un descuento en el valor del cargo por conexión o la posibilidad de un pago diferido del mismo. Las cláusulas de permanencia sólo pueden ser incluidas en el contrato cuando el usuario haya aceptado las condiciones de las mismas por escrito. El período máximo de duración de las cláusulas permanencia mínima será de doce (12) meses. El valor del cargo por conexión deberá descontarse mensualmente de forma lineal y dividido en los meses de permanencia. El monto de los valores a pagar por terminación anticipada no podrá ser mayor que la suma de los cargos mensuales faltantes por pagar del cargo por conexión y nunca se puede cobrar el valor de las tarifas de servicios dejados de recibir por retiro anticipado. En cualquier momento, incluido el de la oferta, a través de los mecanismos obligatorios de atención al usuario previstos en la presente resolución (Resolución CRC 3066 de 2011), debe suministrarse toda la información asociada a las condiciones en que opera la cláusula de permanencia mínima. Así mismo, en el momento de la instalación del servicio, se le debe informar al usuario sobre los elementos suministrados por el proveedor y/u operador para dicha instalación. De igual forma, en la oferta siempre se le deberá ofrecer al usuario el mismo plan que está solicitando sin cláusula de permanencia, explicándole el valor del cargo por conexión que tendría que pagar al inicio del contrato y el valor a pagar mensualmente por el servicio de comunicaciones prestado.

Por lo anterior, la cláusula de permanencia mínima se encuentra vigente y podrá pactarse en los contratos de los servicios de comunicaciones fijos (telefonía fija, acceso fijo a internet y televisión por suscripción) con ciertas condiciones como:

- (i) Debe mediar aceptación escrita por parte del usuario y se deben extender en documento aparte.
- (ii) No podrá exceder de doce (12) meses.
- (iii) Se pactan únicamente cuando se otorgue un descuento en el valor del cargo por conexión (2) o la posibilidad de un pago diferido del mismo.
- (iv) El valor del cargo por conexión deberá descontarse mensualmente de forma lineal y dividido en los meses de permanencia.

- (iv) El monto de los valores a pagar por terminación anticipada no podrá ser mayor que la suma de los cargos mensuales faltantes por pagar del cargo por conexión y nunca se puede cobrar el valor de las tarifas de servicios dejados de recibir por retiro anticipado.
- (v) En el momento de la instalación del servicio, se le debe informar al usuario sobre los elementos suministrados por el proveedor y/u operador para dicha instalación.
- (vi) En la oferta siempre se le deberá ofrecer al usuario el mismo plan que está solicitando sin cláusula de permanencia, explicándole el valor del cargo por conexión que tendría que pagar al inicio del contrato y el valor a pagar mensualmente por el servicio de comunicaciones prestado.
- (vii) En cualquier momento, incluido el de la oferta, a través de los mecanismos obligatorios de atención al usuario (Oficinas físicas, oficinas virtuales y líneas de atención al usuario) debe suministrarse toda la información asociada a las condiciones en que opera la cláusula de permanencia mínima.

La Superintendencia de Industria y Comercio realiza unas consideraciones finales, con respecto a la consulta que le fue formulada. En línea con lo anterior, y teniendo en cuenta que a este punto se ha logrado la exposición de las consideraciones de orden constitucional, legal, jurisprudencial y doctrinal, en el marco de los interrogantes planteados en la solicitud formulada, nos permitimos manifestar:

- A partir del 1º de julio de 2014 para los servicios de comunicaciones móviles de voz y datos no aplica la cláusula de permanencia mínima. Para los contratos celebrados con anterioridad al 1º de julio de 2014, en los que se haya pactado la cláusula de permanencia mínima continua vigente y una vez se cumpla el tiempo pactado inicialmente, no podrá ser renovada o prorrogada.
- La cláusula de permanencia mínima para los servicios de comunicaciones fijos (telefonía fija, de acceso fijo a internet y televisión por suscripción) continua vigente y es una condición contractual en la que el usuario se obliga a no dar por terminado el contrato de prestación de servicios de manera anticipada y puede pactarse siempre y cuando reúna, entre otras, las siguientes condiciones (i) medie aceptación escrita por parte del usuario que suscribió el contrato, (ii) se debe extender en documento aparte; (iii) se pacta por el término de doce (12) meses, y (iv) procede únicamente cuando se otorgue un descuento en el valor del cargo por conexión o la posibilidad de un pago diferido del mismo; concluye la SIC.

3.2. INTERPRETACIÓN Y EJECUCIÓN DEL ACTO DE CONSUMO Y DEL CONTRATO

El derecho privado se caracteriza por el consensualismo. El contrato se forma por la voluntad de las partes y su perfeccionamiento no está subordinado a ninguna formalidad en principio. Es la manifestación del precepto moral de la palabra empeñada que surge en Francia en el siglo XIV. No obstante, lo anterior, el derecho privado reservó ciertas situaciones en las cuales la existencia del simple consentimiento no era suficiente. Es el caso de los contratos reales donde la formación está subordinada a la entrega de la cosa. Existen también ciertos contratos solemnes que exigen para que se entiendan formados la elaboración de un escrito, generalmente registrado ante la administración como sucede en el caso de la compraventa de inmuebles.

Con el derecho del consumidor se asiste a cierto renacimiento del formalismo, lo que se explica por las virtudes informativas que tiene el escrito en la búsqueda de un consentimiento más claro, compensando el déficit tanto en el poder de negociación como en la capacidad de información del consumidor. El derecho moderno permanece impregnado de una inspiración liberal, y por eso propende por una mejor información, destinada a volver el consentimiento más transparente (prevención de futuros vicios del consentimiento como el del error). Es por esta razón que exige una mayor calidad del consentimiento y trata de ampliar la teoría de los vicios del consentimiento a través de la jurisprudencia, introduciendo restricciones al consensualismo, hasta irle dando al contrato una conformación que satisfaga las necesidades del profesional y del consumidor. El artículo 48 de la Ley 1480 de 2011 exige que al margen de los contenidos exigidos así como de las cualidades de la información que ya se vieron dentro de la protección del consentimiento del consumidor (veracidad, suficiencia, claridad y sencillez) se impone a los deberes contractuales en los contratos especiales, no solo una información mucho más específica que cuando se trata de la actividad publicitaria entendida como promoción genérica, sino extraordinariamente más detallada, porque lo que se está persiguiendo es la celebración posterior inmediata de un contrato determinado, razón por la cual el formalismo consumerista le exige al profesional dejar prueba de que en efecto lo ha realizado.

Señala el artículo 48 del Estatuto del Consumidor Contratos Especiales.

“En los contratos celebrados a distancia, telefónicamente, por medios electrónicos o similares, el productor deberá dejar prueba de la aceptación del adherente a las condiciones generales”.

Cuando una parte propone a la otra un contrato tipo, se entiende que más que un contrato es una oferta. Cuando la parte que la recibe no puede hacerle modificaciones sustanciales, y simplemente algunas de detalle, estamos frente a una aceptación de un contrato de adhesión. Es por eso que al lado de ese formalismo práctico, existe ese formalismo impuesto por las normas de protección de los consumidores, que exige la redacción de la oferta por escrito y la inclusión de las menciones obligatorias a que hicimos referencia.

En el numeral 1.6 del artículo 3 de la Ley 1480 de 2011 se señala la protección contractual como uno de los derechos de los consumidores, indicando que tienen derecho a ser protegidos de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, según se contempla en el Estatuto en los artículos 42 a 44 en los términos de la presente Ley. En algunos contratos hay una redacción muy minuciosa de ciertas obligaciones, e incluso se acostumbra a redactar un preámbulo para describir el objeto y el espíritu del contrato.

3.2.1. La interpretación del contrato y el formalismo en el derecho del consumo

La interpretación de un contrato en el derecho común consiste en buscar cual es la voluntad real de las partes. La interpretación se da cuando un contrato no aparece lo suficientemente claro, y antes de aplicarlo, hay que deducir su verdadera significación. Por el contrario, un contrato claro, no debe ser interpretado, sino pura y simplemente aplicado. La obscuridad en la redacción de un contrato puede provenir de dos fuentes: la ambigüedad del contrato, ya que el susceptible de dos sentidos o porque hay contradicción entre sus cláusulas.

La exigencia de legibilidad de las cláusulas, ya estudiada en el acápite anterior, es una exigencia formal. Es cierto que los caracteres deben ser legibles y aparentes. Sin embargo, una cláusula puede ser perfectamente legible y al mismo tiempo incomprensible. En el caso de las cláusulas de un contrato de seguros pueden figurar de una forma muy aparente y permanecer en una ambigüedad total, cuando ellas se confrontan a las condiciones generales de ese contrato. Entonces la claridad debe ser tanto de forma como de fondo.

En las relaciones entre profesionales y consumidores, ciertas cláusulas son con frecuencia ambiguas. La ambigüedad puede ser como lo señala PICOD y DAVO intrínseca en el sentido de que la lectura de la cláusula no nos permite saber cuál es su verdadero alcance, por ejemplo, a que se está obligando verdaderamente el profesional. La ambigüedad puede ser también extrínseca en el sentido que la cláusula en sí misma es clara, pero por ejemplo se parece a otra, o por ejemplo cuando una cláusula en particular contradice las condiciones generales del contrato. Esta ambigüedad es a veces involuntaria, pero a veces provocada, porque en ocasiones el profesional quiere escaparse de sus obligaciones. Lo anterior, legitimara el poder de interpretación del juez.

Según las normas generales de la interpretación del derecho clásico, se debe privilegiar la voluntad de las partes sobre los términos literales del contrato (artículo 1618 del Código Civil Colombiano) y así lo plasmo la Corte Suprema de Justicia con ponencia de Rafael Romero Sierra en Cas. Civil. Sentencia de octubre 27 de 1993). Esto no quiere decir que las cláusulas que se incluyan en los contratos de manera repetitiva conduzcan por ese solo hecho a deducir que esa es la única interpretación. En realidad, se imponen en principio a los contratantes que las han firmado, pero deberán descartarse si se oponen a otra cláusula donde la voluntad este mejor expresada y afirmada dentro del mismo contrato. Así en el caso de discordancia entre una cláusula impresa y una manuscrita, la jurisprudencia extranjera ha hecho prevalecer la segunda porque supone que es más cercana a la voluntad de los contratantes; de la misma manera que entre cláusulas generales y cláusulas particulares, estas últimas prevalecen sobre las primeras en virtud de la misma lógica.

Para algunos la búsqueda de la voluntad en un contrato de adhesión es adivinatoria, y lo es porque una de las partes se adhiere con frecuencia a las cláusulas redactadas por proponente, por lo que expresa una voluntad global, pero no sobre cada una de las cláusulas. Por esta razón en la doctrina extranjera se acude a la ley, a los usos y a la equidad. En cuanto a la buena fe, en realidad se trata de una regla de ejecución, por lo que aporta muy poco.

Se puede constatar en los derechos alemán y francés que el juez a veces abandona ese papel de simple interprete de la voluntad de las partes, y hace una interpretación de agregación o lo que otros denominan una interpretación creativa, que se dirige a veces a completar y a veces corregir de la pretendida voluntad que se está examinando.

El Código Civil trae un criterio de interpretación con fundamento en la equidad, y es que, en caso de duda, la convención se interpreta en contra de quien la ha estipulado y en favor de quien se ha obligado. Este texto refiriéndose al estipulante se aleja de toda interpretación subjetiva. El texto se inspira en Domat y Pothier⁶⁴. Este último señala “*al acreedor era a quien se le debía imputar el no haberse expresado mejor*”. El artículo 1624 de Código Civil establece algo parecido en contra de quien estipulo las cláusulas.

“No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas en favor del deudor.

Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretaran contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella”.

Hoy se considera que el estipulante puede ser tanto el deudor como el acreedor, pero que la persona protegida continúa siendo el adherente.⁶⁵ En ese sentido, esta máxima se ha convertido en un instrumento privilegiado de interpretación de los contratos de adhesión.

Existen ciertas normas específicas de interpretación. El artículo 4º. de la Ley 1480 se refiere al carácter de las normas y señala que las disposiciones contenidas en esta ley son de orden público. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita, salvo en los casos específicos a los que se refiere la presente ley.

Las normas de esta ley deberán interpretarse en la forma más favorable al consumidor. En caso de duda se resolverá en favor del consumidor.

El artículo 34 instaure contra el vendedor una obligación de claridad cuando señala que (todo pacto oscuro o ambiguo se interpreta contra el vendedor que en este caso es el profesional). Señala dicha disposición:

“Las condiciones generales de los contratos serán interpretadas de la manera más favorable al consumidor. En caso de duda prevalecerán las cláusulas más favorables al consumidor sobre aquellos que no lo sean.”

En el artículo 37 de la Ley 1480 como ya pudo apreciarse se consignan los requisitos mínimos de los contratos en general, y en los de adhesión se estipula la obligación de suministrar a los consumidores información suficiente y anticipada sobre la existencia, efectos y alcance de las condiciones generales del producto y el servicio. En los contratos escritos los caracteres deberán ser legibles a simple vista y no incluir espacios en blanco. Serán ineficaces y se tendrán por no escritas las condiciones generales de los contratos de adhesión que no reúnan los requisitos generales que en el artículo 37 se señalan.

⁶⁴ DOMAT Y POTHIER,

⁶⁵ BERLIOZ, Georges. Le contrat de Adhesion. LGDJ. 1976 Nro. 246 et s.

En muchos casos se acompañan a los contratos anexos técnicos que se entienden incorporados en el contrato. Por otra parte, en algunos casos se exige ratificación y registro administrativo, lo que en la práctica equivale a una renegociación de las cláusulas. Existen obligaciones que ha ido introduciendo la jurisprudencia como la obligación de información, obligación de consejo, obligación de cooperación, y la obligación de negociación entre otras.

El Estatuto del Consumidor en varios artículos establece la necesidad de observar ciertos formalismos para proteger al consumidor, como es el caso de las ventas a distancia y del comercio electrónico. Ejemplo de los anteriores es el artículo 27 y el artículo 50 ordinal d)

ARTÍCULO 27. CONSTANCIA. El consumidor tiene derecho a exigir a costa del productor o proveedor constancia de toda operación de consumo que realice. La factura o su equivalente, expedida por cualquier medio físico, electrónico o similares podrá hacer las veces de constancia. Su presentación no será condición para hacer valer los derechos contenidos en esta ley.

El artículo 50 señala que, sin perjuicio de las demás obligaciones establecidas en la presente ley, los proveedores y expendedores ubicados en el territorio nacional que ofrezcan productos utilizando medios electrónicos, deberán:

“d) Publicar en el mismo medio y en todo momento las condiciones generales de sus contratos, que sean fácilmente accesibles y disponibles para su consulta, impresión y descarga, Antes y después de realizada la transacción, así no se haya expresado la intención de contratar.

(...)

Concluida la transacción, el proveedor y expendedor deberá remitir, a más tardar el día calendario siguiente de efectuado el pedido, un acuse de recibo del mismo, con información precisa del tiempo de entrega, precio exacto, incluyendo los impuestos, gastos de envío y la forma en que se realizó el pago.

(...)

El ordinal e) reitera que **el proveedor o el expendedor deberá mantener todos los soportes de la relación comercial**, de tal manera que sea verificable en cualquier momento por la autoridad competente, durante el mismo tiempo que el comerciante debe conservar los documentos propios de su actividad.

En los casos en que un escrito es exigido para la validez de un contrato, nada se opone a que este sea conservado en forma electrónica. La Ley 1480 en el capítulo VI se refiere a la protección del consumidor electrónico. Artículo 50 establece en su encabezamiento:

“Sin perjuicio de las demás obligaciones establecidas en la presente ley, los proveedores y expendedores ubicados en el territorio nacional que ofrezcan productos utilizando medios electrónicos...”.

El comercio electrónico tiene una gran incidencia sobre el denominado formalismo consumerista. Existe una tendencia a favorecer la libre circulación de la sociedad de la información entre los Estados, y, en consecuencia, el régimen aplicable a los procesos contractuales no debe constituir ningún obstáculo para la celebración de contratos electrónicos o por vía electrónica.

El avance tecnológico experimentado en las dos últimas décadas ha permitido evoluciones que eran impensables para el legislador decimonónico como el internet, y algunas de sus aplicaciones como el correo electrónico y el chat. La tecnología predominante en la actualidad muy pronto será superada y por eso la clasificación de contratos electrónicos o contratos por vías electrónica debe realizarse cuando menos atendiendo a la forma de comunicación entre las partes del contrato. La Ley 1480 de 2011, se refiere al comercio electrónico en el artículo 49 y siguientes.

ARTÍCULO 49. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 1º, inciso b) de la Ley 527 de 1999, se entenderá por comercio electrónico la realización de actos, negocios u operaciones mercantiles concertados a través del intercambio de mensajes de datos telemáticamente cursados entre proveedores y los consumidores para la comercialización de productos y servicios.

Este artículo consigna la evolución, y aunque el comercio electrónico no se limita al internet, este último ha ido fusionando las distintas formas de comercio electrónico, por ejemplo, las redes de empresa en intranets. Además, el internet está generando nuevas formas híbridas de comercio electrónico que por ejemplo combinan publicidad televisiva digital (*infomercials*) con mecanismos de respuesta a través de la red (para pedido inmediato), catálogos en CD ROM con conexiones internet (para actualizaciones de contenido y precios) y *Websites* comerciales con extensiones locales en CD ROM (para demostraciones que precisan mucha memoria)

Según la Directiva 98/34 de la Comunidad europea, se entenderá por medios electrónicos o vía electrónica, un servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la comprensión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe, enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético. Lo anterior ha llevado a entender en la Comisión Europea que:

*“el comercio electrónico consiste en realizar electrónicamente transacciones comerciales. Está basado en el tratamiento y transmisión electrónica de datos. Incluido texto. Imágenes y video. El comercio electrónico comprende actividades muy diversas como comercio electrónico de bienes y servicios, suministro en línea de contenidos digitales, transferencia electrónica de fondos, compraventa electrónica de acciones, conocimientos de embarque electrónicos, subastas, diseños y proyectos conjuntos, prestación de servicios en línea (**on line sourcing**), contratación pública, comercialización directa al consumidor y servicios postventa. Por otra parte, abarca a la vez los productos (bienes de consumo, equipo médico especializado) y servicios (servicios de información, financieros y jurídicos), actividades tradicionales (Asistencia sanitaria, educación) y nuevas actividades (centros comerciales virtuales), Como puede apreciarse el comercio electrónico abarca*

tanto la contratación electrónica como tras actividades básicamente de transmisión de datos, que pueden calificarse de accesorias a la anterior (publicidad, búsqueda de productos o prestadores de servicios, colaboración entre empresarios, negociaciones previas a la perfección del contrato, suministro on line de contenidos digitales, realización del pago, servicios postventa...”

Por contrato electrónico se entiende “todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones” Esto equivale a decir que se requieren cuatro requisitos:

- El empleo de equipos electrónicos conectados a una red de telecomunicaciones
- Que tanto la oferta como la aceptación se realicen mediante dichos medios.
- Que los equipos utilizados permitan el tratamiento y almacenamiento de datos
- Y algo que resulta implícito para la doctrina, y es que la contratación electrónica siempre se realiza a distancia.

La contratación electrónica admite diversas categorías según el medio utilizado. Las dos formas más importantes para celebrar contratos electrónicos son las páginas web interactivas y el intercambio de correos electrónicos. Estas dos no solamente informan del producto o servicio ofrecido, sino que permiten que el internauta pase por todo el proceso contractual e incluso reciba la confirmación de la celebración del contrato, sin que sea necesaria una confirmación adicional por parte del prestador de los servicios (no ocurre lo mismo con las páginas Web pasivas en cuanto a la formación del contrato, porque estas no tienen sistemas para que el usuario manifieste la aceptación).

El profesor González De Alaiza, señala que: *“Por otra parte, los correos electrónicos o e-mails conducen al perfeccionamiento del contrato tras el intercambio de mensajes entre las partes, y agrega que mientras las páginas Webs interactivas presentan notables similitudes con las máquinas expendedoras automáticas, los correos electrónicos se asemejan a las tradicionales cartas.”*⁶⁶

Una tercera categoría es lo que la doctrina denomina contratos orales. O mejor en tiempo real, por ejemplo, el *m-commerce*, la *videoconferencia*, el chat o cualquiera otra modalidad de diálogo en tiempo real en internet que permita el almacenamiento y tratamiento de datos.

Otro criterio que trae el autor mencionado es el de las partes que intervienen en el negocio. Según esta clasificación se distinguen principalmente tres categorías: 1. B2C (*business to consumer*). Es decir, entre empresario o profesional y consumidor; 2. B2B (*business to business*), entre empresarios y profesionales; y 3. C2C (*consumer to consumer*), entre consumidores o, más concretamente entre particulares. Podría existir una cuarta que sería la contratación electrónica entre el particular y la Administración Pública o el particular y la empresa (la contratación electrónica entre particulares por el uso de medios electrónicos no varía la naturaleza propia del contrato libremente negociado).

66 GONZÁLEZ DE ALAIZA, José Javier, Tratado de Contratos. Valencia. Editorial Tirant o Blanch. 2011. Págs. 1694.

En materia de contratación electrónica, aunque Colombia no tiene como el derecho europeo continental, normas supranacionales tanto comunitarias como internacionales para el comercio electrónico, si le brinda una gran importancia en el Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011) que se concuerdan con otras normas que resultan conexas o complementarias, como las que facilitan o condicionan contratos electrónicos, por ejemplo, la firma electrónica y las normas sobre protección de datos.

El artículo 50 de la Ley 1480 de 2011 y el artículo 53 denominado, obliga a este último toda la información correspondiente a los oferentes y a los productos, el primero de ellos en forma general, y el segundo cuando se ofrezcan productos para la comercialización a través de plataformas electrónicas a los consumidores. El artículo 50 establece que, sin perjuicio de las demás obligaciones establecidas en la presente ley, los proveedores y expendedores ubicados en el territorio nacional que ofrezcan productos utilizando medios electrónicos, deberán:

“a). Informar en todo momento de forma cierta, fidedigna, suficiente, clara, accesible y actualizada su identidad especificando su nombre o razón social, Número de Identificación Tributaria (NIT), dirección de notificación judicial, teléfono, correo electrónico y demás datos de contacto.”

b). Suministrar en todo momento información cierta, fidedigna, suficiente, clara y actualizada respecto de los productos que ofrezcan. En especial, deberán indicar sus características y propiedades tales como el tamaño, el peso, la medida, el material del que está fabricado, su naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad, la cantidad, o cualquier otro factor pertinente, independientemente que se acompañen de imágenes, de tal forma que el consumidor pueda hacerse una representación lo más aproximada a la realidad del producto”. (Cuando el proveedor o expendedor dé a conocer su membresía o afiliación en algún esquema relevante de autorregulación, asociación empresarial, organización para resolución de disputas u otro organismo de certificación, deberá proporcionar a los consumidores un método sencillo para verificar dicha información, así como detalles apropiados para contactar con dichos organismos, y en su caso, tener acceso a los códigos y prácticas relevantes aplicados por el organismo de certificación se señala en el ordinal f) del artículo 50 del estatuto).

También se deberá indicar el plazo de validez de la oferta y la disponibilidad del producto. En los contratos de tracto sucesivo, se deberá informar su duración mínima.

Cuando la publicidad del bien incluya imágenes o gráficos del mismo, se deberá indicar en qué escala está elaborada dicha representación”.

El artículo 53 del mismo Estatuto establece que:

“...Quien ponga a disposición una plataforma electrónica en la que personas naturales o jurídicas puedan ofrecer productos para su comercialización y a su vez los consumidores puedan contactarlos por ese mismo

mecanismo, deberá exigir a todos los oferentes información que permita su identificación, para lo cual deberán contar con un registro en el que conste, como mínimo, el nombre o razón social, documento de identificación, dirección física de notificaciones y teléfonos. Esta información podrá ser consultada por quien haya comprado un producto con el fin de presentar una queja o reclamo y deberá ser suministrada a la autoridad competente cuando esta lo solicite”

Además, el artículo 50 de la Ley 1480 de 2011 a informar el medio electrónico utilizado, los medios de pago, el tiempo entrega del bien o la prestación del servicio, el derecho de retracto que le asiste al consumidor y el procedimiento para ejercerlo, y cualquier otra información relevante para que el consumidor pueda adoptar una decisión de compra libremente y sin ser inducido en error. Igualmente deberá informar el precio total del producto incluyendo todos los impuestos, costos y gastos que deba pagar el consumidor para adquirirlo. En caso de ser procedente, se debe informar adecuadamente y por separado los gastos de envío.

Las cláusulas que se encuentran pre-redactadas por una sola de las partes son muy frecuentes en la contratación electrónica, y por este motivo el ordinal d) del mismo artículo 50, hace especial énfasis en que los proveedores y expendedores, deberán publicar el contrato, así no se haya expresado la intención de contratar por parte del consumidor. Señala la disposición en comento:

d). Publicar en el mismo medio y en todo momento, las condiciones generales de sus contratos, que sean fácilmente accesibles y disponibles para su consulta, impresión y descarga, antes y después de realizada la transacción, así no se haya expresado la intención de contratar.

El mismo ordinal d), exige en aras de la protección del consumidor, una serie de exigencias y precauciones que protegen el consentimiento informado del mismo, además de que queda prohibida cualquier disposición contractual en la que se presuma la voluntad del consumidor o que su silencio se considere como consentimiento, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo.

Previamente a la finalización o terminación de cualquier transacción de comercio electrónico, el proveedor o expendedor deberá presentar al consumidor un resumen del pedido de todos los bienes que pretende adquirir con su descripción completa, el precio individual de cada uno de ellos, el precio total de los bienes o servicios y, de ser aplicable, los costos y gastos adicionales que deba pagar por envío o por cualquier otro concepto y el sumatorio total que deba cancelar. Este resumen tiene como fin que el consumidor pueda verificar que la operación refleje su intención de adquisición de los productos o servicios ofrecidos y las demás condiciones, y de ser su deseo, hacer las correcciones que considere necesarias o la cancelación de la transacción. Este resumen deberá estar disponible para su impresión y/o descarga.

Esta disposición sitúa en el prestador de los servicios el deber de informar sobre los medios de corrección de errores que generalmente se traduce en una página de recapitulación entre aquellas que conducen al perfeccionamiento del contrato. En esta página debe aparecer cuando menos el objeto o servicio que se pretende contratar y su precio, aunque también es exigible que figuren los datos relevantes para la correcta ejecución del contrato

como el nombre del destinatario, el domicilio, la forma de pago, etc. El destinatario tendrá entonces las opciones de confirmar el pedido, corregir los datos o desistir de la operación.

La aceptación de la transacción por parte del consumidor deberá ser expresa, inequívoca y verificable por la autoridad competente. El consumidor debe tener el derecho de cancelar la transacción hasta antes de concluirla.

La finalidad de las medidas de identificación y corrección de errores consiste en prevenir dos clases de peligros: la contratación no deseada y la contratación irreflexiva. En cuanto a la primera, dichas medidas contribuyen a evitar el error en la introducción de los datos o a pulsar una tecla. Téngase en cuenta que la suma facilidad para celebrar contratos en páginas interactivas llega hasta el extremo de que el destinatario se obliga haciendo un simple clic., y lo rutinario de este gesto, dentro y fuera de internet, provoca el riesgo de obligarse sin quererlo como señala González De Alaisa.⁶⁷

Concluida la transacción, el proveedor y expendedor deberá remitir, a más tardar el día calendario siguiente de efectuado el pedido, un acuse de recibo del mismo, con información precisa del tiempo de entrega, precio exacto, incluyendo los impuestos, gastos de envío y la forma en que se realizó el pago.

El ordinal e) reitera que el proveedor o el expendedor deberá mantener todos los soportes de la relación comercial, de tal manera que sea verificable en cualquier momento por la autoridad competente, durante el mismo tiempo que el comerciante debe conservar los documentos propios de su actividad.

Existe una tendencia muy marcada por la doctrina a equiparar el documento escrito y el soporte electrónico y así lo contempla la Ley modelo de CNUDMI sobre comercio electrónico que aspira introducirse en los derechos internos. Las razones parecen evidentes porque el primero cumple casi que a cabalidad con lo que puede predicarse del escrito. Se destacan las siguientes: 1. Dejar prueba tangible de la existencia y la naturaleza de la intención de las partes de comprometerse 2. Alertar a las partes ante la gravedad de concluir un contrato 3. Proporcionar un documento que sea legible para todos 4. Proporcionar un documento inalterable que permita dejar constancia permanente de la operación; 5. facilitar la reproducción de un documento de manera que cada una de las partes pueda disponer de un mismo texto; 6. Permitir la autenticación mediante la firma del documento de los datos en el consignados; 7. Proporcionar un documento presentable ante las autoridades públicas y los tribunales; 8. Dar expresión definitiva a la intención del autor del escrito y dejar constancia de dicha intención. 9. Proporcionar un soporte material que permita la conservación de los datos en forma visible; 10. Facilitar las tareas de control o de verificación ulterior para fines contables, fiscales o reglamentarios; 11. Determinar el nacimiento de todo derecho o de toda obligación jurídica cuya validez dependa de un escrito⁶⁸.

La existencia de distintos trámites y pasos técnicos que deben seguirse para celebrar un contrato electrónico es un deber para quien es el prestador de los servicios de implementar medios técnicos para identificar y corregir errores en la introducción de los datos. Esto provoca que el proceso en los contratos electrónicos celebrados por un prestador de servicios conste, cuando menos de los siguientes pasos: catalogo, primera

⁶⁷ GONZÁLEZ DE ALISA, José Gabriel. Tratado de Contratos. Valencia. Editorial Tirant o Blanch. 2011. Págs. 17 y ss.

⁶⁸ CNUDMI. Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley modelo sobre comercio electrónico, párrafo nro. 48.

selección, página recapitulativa y confirmación del pedido. Entre la selección y la página recapitulativa se intercalará por regla general una fase en la que el destinatario introducirá los datos de la tarjeta de crédito a la que se le imputará el precio. Este proceso contractual como señala otra vez, el profesor González Alaisa con una nitidez formidable, se separa claramente de la tradicional iter contractual, compuesto exclusivamente de oferta y aceptación, máxime si tenemos en cuenta que en los contratos electrónicos celebrados por un prestador de servicios deberá además acusarse recibo de la aceptación. El artículo 50 en su ordinal f) señala:

f). Adoptar mecanismos de seguridad apropiados y confiables que garanticen la protección de la información personal del consumidor y de la transacción misma. El proveedor será responsable por las fallas en la seguridad de las transacciones realizadas por los medios por él dispuestos, sean propios o ajenos.

Este ordinal f) es una protección definitiva para el consumidor, porque a diferencia de ciertas legislaciones, en Colombia el beneficiario del servicio o destinatario, le exige al prestador del servicio responsabilidad sobre la información personal del consumidor, a diferencia de otros países donde el prestador del servicio puede beneficiarse de los propios defectos de su sitio Web, cuando de lo que se trata es de proteger al consumidor, y también demandar la nulidad del contrato. Por esta razón en esos lugares, la doctrina ha propuesto que se trate el tema con una nulidad relativa, que solo pueda invocar el consumidor, pero nunca el prestatario del servicio.

En los contratos electrónicos, por ejemplo, páginas Webs interactivas es el oferente el que debe soportar el riesgo de que se produzca un fallo en la comunicación del aceptante, porque como vimos más atrás, resultaría contrario a las exigencias de la buena fe, que quien instala tal mecanismo pudiera objetar la falta de conocimiento, el mal funcionamiento del mismo para desentenderse de las responsabilidades derivadas del contrato.

En cuanto a las reclamaciones y plazos de entrega los ordinales g y h del artículo 50 establecen lo siguiente:

“g). Disponer en el mismo medio en que realiza comercio electrónico, de mecanismos para que el consumidor pueda radicar sus peticiones, quejas o reclamos, de tal forma que le quede constancia de la fecha y hora de la radicación, incluyendo un mecanismo para su posterior seguimiento”

h). Salvo pacto en contrario, el proveedor deberá haber entregado el pedido a más tardar en el plazo de treinta (30) días calendario a partir del día siguiente a aquel en que el consumidor le haya comunicado su pedido.

En caso de no encontrarse disponible el producto objeto del pedido, el consumidor deberá ser informado de esta falta de disponibilidad de forma inmediata.

En caso de que la entrega del pedido supere los treinta (30) días calendario o que no haya disponible el producto adquirido, el consumidor podrá resolver o terminar, según el caso, el contrato unilateralmente y obtener la devolución de todas las sumas pagadas sin que haya lugar a retención o descuento alguno. La devolución deberá hacerse efectiva en un plazo máximo de treinta (30) días calendario.

Parágrafo. El proveedor deberá establecer en el medio de comercio electrónico utilizado, un enlace visible, fácilmente identificable, que le permita al consumidor ingresar a la página de la autoridad de protección al consumidor de Colombia.

El artículo 51 de la Ley 1480 de 2011 se ocupa de la reversión en el pago, se consagra en favor del consumidor:

“Cuando las ventas de bienes se realicen mediante mecanismos de comercio electrónico, tales como Internet, PSE y/o call center y/o cualquier otro mecanismo de televenta o tienda virtual, y se haya utilizado para realizar el pago una tarjeta de crédito, débito o cualquier otro instrumento de pago electrónico, los participantes del proceso de pago deberán reversar los pagos que solicite el consumidor cuando sea objeto de fraude, o corresponda a una operación no solicitada, o el producto adquirido no sea recibido, o el producto entregado no corresponda a lo solicitado o sea defectuoso.

Para que proceda la reversión del pago, dentro los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que el consumidor tuvo noticia de la operación fraudulenta o no solicitada o que debió haber recibido el producto o lo recibió defectuoso o sin que correspondiera a lo solicitado, el consumidor deberá presentar queja ante el proveedor y devolver el producto, cuando sea procedente, y notificar de la reclamación al emisor del instrumento de pago electrónico utilizado para realizar la compra, el cual, en conjunto con los demás participantes del proceso de pago, procederán a reversar la transacción al comprador.

En el evento que existiere controversia entre proveedor y consumidor derivada de una queja y esta fuere resuelta por autoridad judicial o administrativa a favor del proveedor, el emisor del instrumento de pago, en conjunto con los demás participantes del proceso de pago, una vez haya sido notificado de la decisión, y siempre que ello fuere posible, cargará definitivamente la transacción reclamada al depósito bancario o instrumento de pago correspondiente o la debitará de la cuenta corriente o de ahorros del consumidor, y el dinero será puesto a disposición del proveedor. De no existir fondos suficientes o no resultar posible realizar lo anterior por cualquier otro motivo, los participantes del proceso de pago informarán de ello al proveedor, para que este inicie las acciones que considere pertinentes contra el consumidor. Si la controversia se resuelve a favor del consumidor, la reversión se entenderá como definitiva.

Parágrafo 1º. Para los efectos del presente artículo, se entienden por participantes en el proceso de pago, los emisores de los instrumentos de pago, las entidades administradoras de los Sistemas de Pago de Bajo Valor, los bancos que manejan las cuentas y/o depósitos bancarios del consumidor y/o del proveedor, entre otros.

Parágrafo 2º. El consumidor tendrá derecho a reversar los pagos correspondientes a cualquier servicio u obligación de cumplimiento periódico, por cualquier motivo y aún sin que medie justificación alguna, siempre que el pago se haya realizado a través de una operación de débito automático autorizada previamente por dicho consumidor, en los términos que señale el gobierno Nacional para el efecto.

Dentro de los principios generales que consagra el Estatuto del Consumidor en su artículo 1º está el de la protección a los niños, niñas, adolescentes en su calidad de consumidores, de acuerdo con lo establecido en el código de la infancia y de la adolescencia. Esta protección es desarrollada en el artículo 28 en cuanto al contenido de la información que se suministre a los niños, niñas y adolescentes en su calidad de consumidores, pero además mediante el artículo 52 de la Ley 1480 de 2011, que establece:

ARTÍCULO 52. PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN COMERCIO ELECTRÓNICO. Cuando la venta se haga utilizando herramientas de comercio electrónico, el proveedor deberá tomar las medidas posibles para verificar la edad del consumidor. En caso de que el producto vaya a ser adquirido por un menor de edad, el proveedor deberá dejar constancia de la autorización expresa de los padres para realizar la transacción.

Por último, el artículo 54 del Estatuto del consumidor establece que cuando existan indicios graves que por un medio electrónico se están violando los derechos de los consumidores, de oficio o a petición de parte, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá imponer una medida cautelar hasta por treinta (30) días calendario, prorrogables por treinta (30) días más, mientras se adelanta la investigación administrativa correspondiente, que consiste en el bloqueo temporal de acceso al medio electrónico.

3.2.2. Las ventas no tradicionales o a distancia

En el derecho común de los contratos, la contratación a distancia se ha contemplado desde dos perspectivas distintas. Por una parte, desde las reglas de perfeccionamiento del contrato que comprende en primer lugar establecer el momento en el que el contrato se ha celebrado, y cuál es el lugar de celebración, lo cual va a repercutir en la jurisdicción competente y el derecho aplicable⁶⁹.

El contrato a distancia es el celebrado “sin la presencia física simultánea” de los contratantes “siempre que su oferta y aceptación se realicen de forma exclusiva de alguna técnica de comunicación a distancia, y dentro de un sistema de organización a distancia organizado por el empresario o profesional. Los impresos con o sin destinatario, las cartas normalizadas, la publicidad en prensa con cupón de pedido, el catálogo, el teléfono con o sin intervención humana (llamadas automáticas, audiotexto), la radio, el teléfono con imagen, el videotexto con teclado o pantalla táctil, ya sea a través de un computador o de la pantalla de televisión, el correo electrónico, el fax y la televisión, son algunos ejemplos de las sendas que se utilizan para la comunicación a distancia que nos aportan las Directivas de la Unión Europea. Según el artículo 5 Nral. 16 de la Ley 1480 de 2011

69

BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, Rodrigo, Tratado de contratos Tomo II, Editorial Tirant o Blanch, Valencia, 2011, pág., 1557.

“las ventas a distancia son las realizadas sin que el consumidor tenga contacto directo con el producto que adquiere, que se dan por medios, tales como correo, teléfono, catálogo o vía comercio electrónico”.

En materia de contratación a distancia, los distintos mecanismos de protección pretenden conjurar algunos riesgos. En primer lugar, la lejanía del productor, proveedor y distribuidor representa para el consumidor de conocer al distribuidor de manera suficientemente precisa para poder estar en posibilidad de reclamarle en caso de inejecución del contrato o de una mala ejecución de las obligaciones. Otro riesgo que trae la contratación a distancia es que, mediante la contratación organizada por el profesional, se puede limitar la información en tanto que se suministra unilateralmente por el profesional

En segundo lugar, el que haya una divergencia entre la prestación prometida (a través de la descripción del empresario alguna de las diversas formas de comunicación anteriormente mencionadas) y la finalmente ejecutada. Es muy importante recalcar que aquí no nos estamos refiriendo al incumplimiento o falta de conformidad (como juicio de correspondencia entre lo prometido y lo ejecutado), sino a la decepción o insatisfacción que sufre el consumidor, ya que la falta de presencia física impide la comprobación sobre las cualidades o utilidad esperada de la prestación (artículo 47 en cuanto a la facultad de retracto. Por esta razón esta razón es que se le concede al consumidor el derecho de retracto, que es el mecanismo principal de protección, e igualmente se le imponen al empresario obligaciones de información muy intensas que aseguren que se disfrute de la información necesaria para decidir si se contrata o no. Un tercer riesgo que trae la contratación a distancia es la utilización fraudulenta de instrumentos de pago del consumidor cuando este lo hace a través de tarjeta de crédito para que se debite la suma convenida (artículo 46 Nro. 3)

Un cuarto riesgo se refiere a la ignorancia de las condiciones financieras y materiales de la contractualización, y por esta razón el artículo 46 de la Ley 1480 de 2011 en sus Nro 2 y 3, permite al consumidor que *“haga las reclamaciones y devoluciones en los mismos términos y por los mismos medios de la transacción original”*; y en el siguiente numeral, le establece el deber de *“Mantener los registros necesarios y poner en conocimiento del consumidor, el asiento de su transacción y la identidad del productor del bien”*. Por su parte, el inciso 2º del artículo 47 que se refiere al retracto en las ventas a distancia, reitera la misma orientación cuando señala que *“El consumidor deberá devolver el producto al productor o proveedor por los mismos medios y en las mismas condiciones en que lo recibió. Los costos de transporte y los demás que conlleve la devolución del bien serán cubiertos por el consumidor”*

Como ya advertimos se pueden presentar ciertas prácticas contractuales como los envíos no solicitados, cuyo tratamiento contempla la Ley 1480 de 2011 en el artículo 35 del Título VII, Capítulo I dedicado a la protección contractual. En dicho artículo se establece que, si se envía un producto no requerido, es decir que el consumidor no ha aceptado expresamente el ofrecimiento del mismo queda prohibido restablecer o renovar dicho ofrecimiento, si este le genera un costo al consumidor. Señala el mismo artículo 35 que *“Si con el ofrecimiento se incluye el envío del producto, el consumidor no estará obligado ni a la conservación, ni a gestionar, ni a pagar la devolución de lo recibido”*.

El artículo 46 del Estatuto del consumidor colombiano, señala unos deberes para los contratos que se consideren ventas a distancia. Apreciemos en su integridad dicho artículo y los deberes en él consagrados por tratarse de ventas a distancia.

ARTÍCULO 46. DEBERES ESPECIALES DEL PRODUCTOR Y PROVEEDOR. El productor o proveedor que realice ventas a distancia deberá:

- 1. Cerciorarse de que la entrega del bien o servicio se realice efectivamente en la dirección indicada por el consumidor y que este ha sido plena e inequívocamente identificado.*
- 2. Permitir que el consumidor haga reclamaciones y devoluciones en los mismos términos y por los mismos medios de la transacción original.*
- 3. Mantener los registros necesarios y poner en conocimiento del consumidor, el asiento de su transacción y la identidad del proveedor y del productor del bien.*
- 4. Informar, previo a la adquisición, la disponibilidad del producto, el derecho de retracto el término para ejercerlo, el término de duración de las condiciones comerciales y el tiempo de entrega.*

PARÁGRAFO. Dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición de la presente ley, el Gobierno Nacional se encargará de reglamentar las ventas a distancia.

A veces la ley impone un lapso de tiempo para que el contrato se perfeccione; bajo la creencia que el transcurso de dicho lapso de tiempo aportara la lucidez, espontaneidad, o un consejo de otro, por ejemplo, de la familia. Es lo que los anglosajones denominan la *cooling-off period*, es decir el periodo de tiempo permitiendo al consumidor que ha comprado sin reflexión. Durante ese plazo, todo giro de dinero a título de pago o de garantía está prohibido o reglamentado.

Esta temporalización en la formación del contrato puede presentarse de dos maneras. Sea imponiendo un plazo de reflexión previo a la conclusión del contrato, sea otorgándole al consumidor un plazo de retractación después de concluido el contrato⁷⁰.

Son dos razones las que justifican la atribución al consumidor de ejercer la facultad de retracto. Por una parte, la ya mencionada que le permite al consumidor rehusar la ejecución de la prestación que no coincide con la prometida o esperada, en la medida en que el consumidor contrata en virtud de una descripción, más o menos, detallada; de la prestación a través de un medio de comunicación a distancia, descripción que ha sido suministrada unilateralmente por el empresario. La segunda, de menor intensidad, consistiría en evitar el consumo precipitado, esto es, que el consumidor pueda reflexionar sobre la oportunidad de celebrar el contrato, y que juzgue la conveniencia o no de contratar (ocurre en aquellos casos por ejemplo el consumidor puede utilizar el bien, antes de tomar una decisión definitiva).

El artículo 47 de la Ley 1480 de 2011 se refiere al retracto, que otra parte de la doctrina denomina desistimiento unilateral.

ARTÍCULO 47. RETRACTO. En todos los contratos para la venta de bienes y prestación de servicios mediante sistemas de financiación otorgada por el productor o proveedor, venta de tiempos compartidos o ventas que utilizan

70

MALAUERIE, Philippe et AYNES, Laurent. *Droit des Obligations*. Editorial Defrenois. Paris. 2009. Nro 321, Pág. 266

métodos no tradicionales o a distancia, que por su naturaleza no deban consumirse o no hayan comenzado a ejecutarse antes de cinco (5) días, se entenderá pactado el derecho de retracto por parte del consumidor <sic> En el evento en que se haga uso de la facultad de retracto, se resolverá el contrato y se deberá reintegrar el dinero que el consumidor hubiese pagado.

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

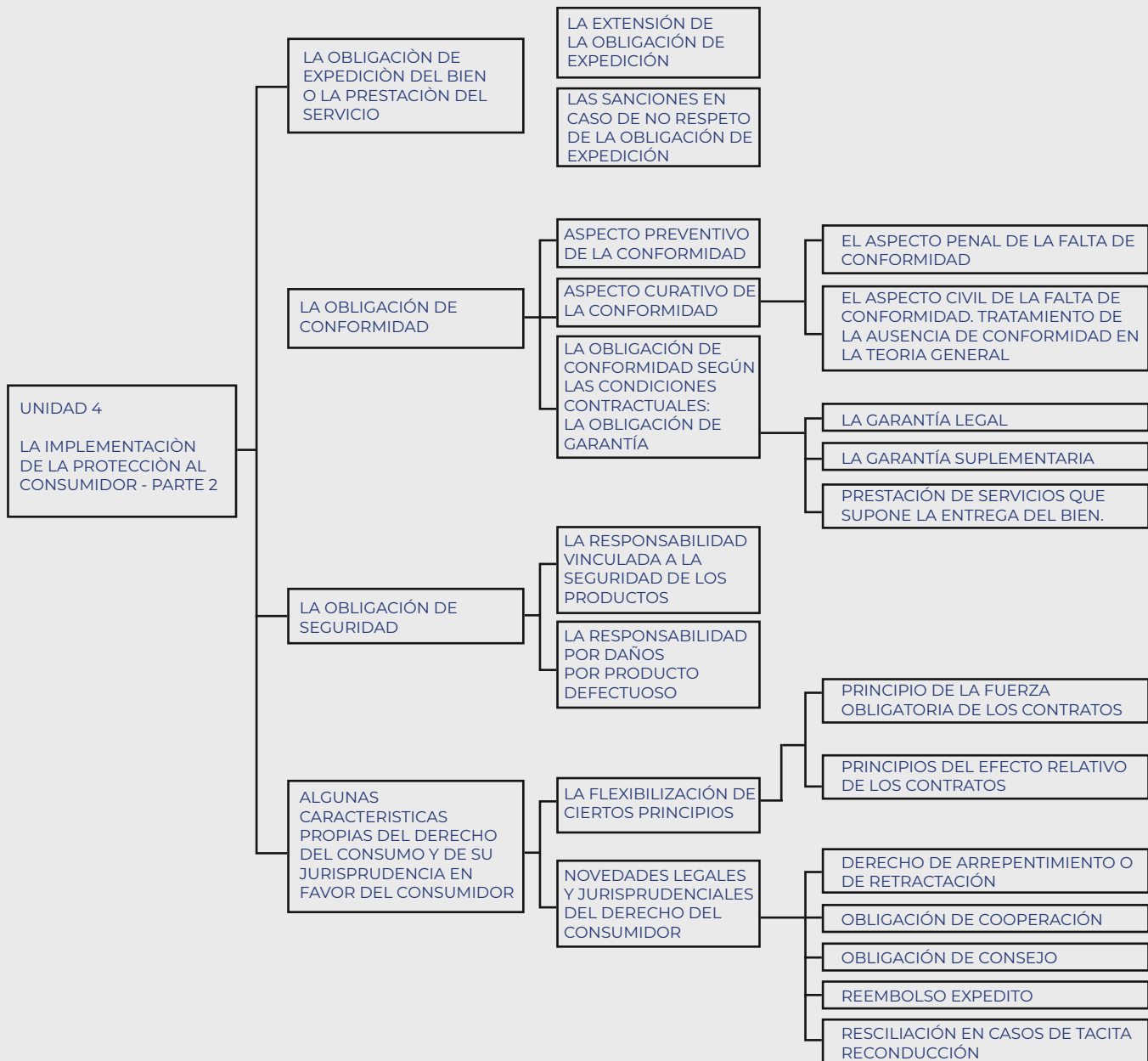
El término máximo para ejercer el derecho de retracto será de cinco (5) días hábiles contados a partir de la entrega del bien o de la celebración del contrato en caso de la prestación de servicios.

Existen algunos casos que el mismo artículo exceptúa de la pasividad de que se ejerza el retracto por parte del consumidor. 1. En los contratos de prestación de servicios cuya prestación haya comenzado con el acuerdo del consumidor; 2. En los contratos de suministro de bienes o servicios cuyo precio esté sujeto a fluctuaciones de coeficientes del mercado financiero que el productor no pueda controlar; 3. En los contratos de suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor o claramente personalizados; 4. En los contratos de suministro de bienes que, por su naturaleza, no puedan ser devueltos o puedan deteriorarse o caducar con rapidez; 5. En los contratos de servicios de apuestas y loterías; 6. En los contratos de adquisición de bienes perecederos; 7. En los contratos de adquisición de bienes de uso personal.

BIBLIOGRAFÍA

- » BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio, Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad; tesis doctoral; Editorial J.M Bosh.
- » BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, Rodrigo, Tratado de contratos Tomo II, Editorial Tirant o Blanch, Valencia, 2011.
- » BERLIOZ, Georges. Le contrat de Adhesion. LGDJ. 1976.
- » CALAIS AULOY, Jean, Droit de la Consommation, Editions Dalloz, 3º Edition.
- » CNUDMI. Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley modelo sobre comercio electrónico.
- » GHERSI, Carlos A, Contratos problemática moderna: Nulidades contractuales y cláusulas abusivas, Ediciones Jurídicas Cuyo.
- » GHERSI, Carlos y colaboradores, Contratos civiles y comerciales, 3ª edición, Ed. Astrea, Buenos Aires.
- » GONZALEZ DE ALAIZA, José Javier, Tratado de Contratos. Valencia. Editorial Tirant o Blanch. 2011.
- » GROSS, Bernard, Contrats. Tomo I. Ventes Civiles et Commerciales. Editorial Themis.
- » JAMIN, Christophe et MAZEAUD, Denis, Les Clauses Abusives entre Professionnels, Ed. Economique, 1998.
- » MALAURIE, Philippe et AYNES, Laurent. Droit des Obligations. Editorial Defrenois. Paris. 2009.
- » PICOD, Yves y DAVO, Helene, Droit de la Consommation. 2ª Edition, Dalloz.

UNIDAD 4



LA IMPLEMENTACIÓN DE LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR – PARTE 2

Og	Objetivo general de la unidad: <i>Establecer las nuevas obligaciones en cabeza del profesional del comercio frente a las obligaciones que se derivan de los contratos libremente negociados, así como, las obligaciones por la jurisprudencia para hacer efectiva realmente la protección de los consumidores frente a los productos y servicios complejos, peligrosos o que puedan traer efectos secundarios.</i>
Oe	Objetivo específico de la unidad: <i>Destacar algunos aspectos novedosos que introduce el derecho del consumidor y que se relacionan con las prácticas restrictivas y la competencia desleal para que el discente disponga de la integralidad que implica la relación de consumo en la resolución de casos concretos que promueven los ciudadanos a las autoridades competentes.</i>

Como lo hemos afirmado el derecho del consumidor busca regular las relaciones entre el consumidor y los profesionales del comercio, en tanto que el derecho de la competencia, en sentido amplio rige las relaciones entre las empresas y el funcionamiento del mercado; y en sentido restringido las relaciones entre los propios profesionales del comercio. Por esta razón, el desarrollo armónico de cualquier mercado requiere potencializar las sinergias entre la libre competencia y la protección de los consumidores.

Es claro que, si bien el derecho de la competencia beneficia a los consumidores, se torna insuficiente para su protección, pues no toma a los consumidores como agente económico aislado, ni como el beneficiario directo de la protección. En efecto, la convergencia encuentra sus límites naturales en la finalidad respectiva de estas dos ramas del derecho económico. En realidad, el reequilibrio en las relaciones entre proveedores y distribuidores puede tener alguna influencia en la situación de los consumidores, de la misma manera como anota Picod⁷¹ que las normas que contemplan requisitos para el ejercicio profesional (médicos, abogados, farmaceutas, etc.) contribuyen a asegurar una mayor moralidad del ejercicio profesional y se constituyen en garantía de los profesionales encargados de prestar servicios a los consumidores. Pero estas deben ser complementadas por normas que directamente contribuyan a las expectativas de los consumidores frente a los bienes y servicios.

71 PICOD, Yves y DAVO, Helene, Droit de la Consommation. 2^a Edition, Dalloz

Todo esto ha conducido a una evolución hacia lo que algunos denominan derecho profesional. Es evidente que, al desvanecerse la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, emerge con mayor nitidez esta nueva categoría. En virtud del germen que nos conduciría a hablar de derecho profesional, los productores y fabricantes, están obligados a estar en la posibilidad de apreciar la calidad de los productos que colocan en el mercado.⁷² Aquí se parte del presupuesto o mejor de la presunción, que, dado su mayor poder económico, se justifica una intensificación de sus obligaciones para lograr restablecer el equilibrio con el consumidor.

El profesional fue asumiendo “*lenta e imperceptiblemente*” como dice nuestro Código Civil, de manera progresiva, ciertas obligaciones *erga omnes*, es decir, no tanto frente a los consumidores, como a los utilizadores eventuales de su producto. Un ejemplo es el de la obligación precontractual, que no existía propiamente en el derecho clásico de los contratos y las obligaciones, como ya se observó. Existen otras obligaciones como la de seguridad y la de conformidad, que agravan las obligaciones y la responsabilidad del profesional en ejercicio de la evolución del derecho del consumidor.

No todas las obligaciones principales que pesan sobre los profesionales en los contratos de consumo son diferentes de las que se presentan en los contratos del derecho clásico, como le sucede al profesional que debe entregar el bien o prestar el servicio. Estas obligaciones se acompañan de otras obligaciones que agravan sus obligaciones en el contrato, como son las obligaciones de información precontractual, a la que ya nos referimos; y las de conformidad y de seguridad.

A primera vista toda obligación tiene un objeto concreto (enviar el objeto, realizar una obra) La teoría general evoca esta multiplicidad de categorías abstractas. En cuanto a la obligación de dar según la teoría clásica, consiste en transferir la propiedad sobre un cuerpo cierto, lo que opera con el simple consentimiento, salvo algunas excepciones en la teoría general de los contratos y las obligaciones, que requieren formalidades específicas. En el caso de las obligaciones de hacer se trata de cumplir con una prestación (por ejemplo, construir un inmueble). Cuando se trata de una prestación intelectual que requiere un talento particular por parte del deudor como sería pintar un retrato al óleo, no es posible exigir su ejecución forzada sino solo la indemnización de daños y perjuicios.

Si la naturaleza de las obligaciones que recaen sobre los profesionales no tiene ninguna característica específica en los contratos de consumo, no ocurre lo mismo en cuanto a la ejecución del contrato. La primera diferencia se presenta en cuanto al **momento de la ejecución** donde el consumidor tiene derecho a exigir, que se realice en un momento determinado, lo que puede agravar la carga de las obligaciones del profesional. Otro aspecto es la **exigencia de la conformidad** en las obligaciones del profesional, porque si bien todos los contratantes deben ejecutar sus obligaciones conforme las han contratado, en el caso del consumidor, la diferencia está en la garantía que corre a cargo del profesional.⁷³ A esta clase de obligaciones se han agregado otras, como la **obligación de garantía**, que sería la **obligación de cobertura del riesgo**.

⁷² Corte Constitucional - Sentencia C-1141 de 2000 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁷³ Tribunal Superior del Distrito de Villavicencio – Sala Civil. 14 de diciembre de 2015. M.P. Guillermo Zuluaga Giraldo. Radicado: 2013-00178-00.

El artículo 6 de la Ley 1480 de 2011 y su correspondiente parágrafo, impone una obligación de conformidad de los productos a la reglamentación en vigor, es decir, las prescripciones relativas a la seguridad y a la salud de las personas, así como una lealtad a las transacciones comerciales en tres numerales con el ánimo de proteger a los consumidores, sometiendo el control al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos –INVIMA–. Señala dicho artículo y su correspondiente parágrafo del Estatuto del Consumidor, por lo que se habla de una nueva categoría de obligación, que es la obligación de garantía.

*“ARTÍCULO 6°. CALIDAD, IDONEIDAD Y SEGURIDAD DE LOS PRODUCTOS.
Todo productor debe asegurar la idoneidad y seguridad de los bienes y servicios que ofrezca o ponga en el mercado, así como la calidad ofrecida.
En ningún caso estas podrán ser inferiores o contravenir lo previsto en reglamentos técnicos y medidas sanitarias o fitosanitarias.*

El incumplimiento de esta obligación dará lugar a:

- 1. Responsabilidad solidaria del productor y proveedor por garantía ante los consumidores.*
- 2. Responsabilidad administrativa individual ante las autoridades de supervisión y control en los términos de esta ley.*
- 3. Responsabilidad por daños por producto defectuoso, en los términos de esta ley”*

4.1. LA OBLIGACIÓN DE EXPEDICIÓN DEL BIEN O LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO

El momento de la ejecución de la obligación principal es importante para el legislador, quien determina que debe hacerse en un plazo determinado. Esta obligación en realidad contempla dos. La primera es la precontractual de informar en cuanto a la fecha de entrega, y la segunda la obligación del profesional de ejecutar la obligación en el plazo determinado en el contrato.

La ejecución tomara una modalidad diferente depende de la naturaleza del contrato. Si se trata de una venta, la ejecución consiste en colocar a disposición el bien al comprador, que traduce la obligación de entrega que tiene el vendedor. Si se trata de un contrato de prestación de servicios, la ejecución consistirá en una obligación de hacer y se manifestará por la realización de la prestación conforme a los usos de la profesión.

ARTÍCULO 18. PRESTACIÓN DE SERVICIOS QUE SUPONEN LA ENTREGA DE UN BIEN. Cuando se exija la entrega de un bien respecto del cual se desarrollará una prestación de servicios, estará sometido a las siguientes reglas:

1. Quien preste el servicio debe expedir un recibo del bien en el cual se mencione la fecha de la recepción, y el nombre del propietario o de quien hace entrega, su dirección y teléfono, la identificación del bien, la clase de servicio, las sumas que se abonan como parte del precio, el término de la garantía que otorga, y si es posible determinarlos en ese momento, el valor del servicio y la fecha de devolución.

Cuando en el momento de la recepción no sea posible determinar el valor del servicio y el plazo de devolución del bien, el prestador del servicio deberá informarlo al consumidor en el término que acuerden para ello, para que el consumidor acepte o rechace de forma expresa la prestación del servicio. De dicha aceptación o rechazo se dejará constancia, de tal forma que pueda ser verificada por la autoridad competente; si no se hubiere hecho salvedad alguna al momento de entrega del bien, se entenderá que el consumidor lo entregó en buen estado.

2. Quien preste el servicio asume la custodia y conservación adecuada del bien y, por lo tanto, de la integridad de los elementos que lo componen, así como la de sus equipos anexos o complementarios, si los tuviere.

3. En la prestación del servicio de parqueadero la persona natural o jurídica que preste el servicio deberá expedir un recibo del bien en el cual se mencione la fecha y hora de la recepción, la identificación del bien, el estado en que se encuentra y el valor del servicio en la modalidad en que se preste. Para la identificación y el estado en que se recibe el bien al momento del ingreso, podrá utilizarse medios tecnológicos que garanticen el cumplimiento de esta obligación. Cuando se trate de zonas de parqueo gratuito, el prestador del servicio responderá por los daños causados cuando medie dolo o culpa grave.

PARÁGRAFO. Pasado un (1) mes a partir de la fecha prevista para la devolución o a la fecha en que el consumidor debía aceptar o rechazar expresamente el servicio, de conformidad con lo previsto en el numeral 1 anterior sin que el consumidor acuda a retirar el bien, el prestador del servicio lo requerirá para que lo retire dentro de los dos (2) meses siguientes a la remisión de la comunicación. Si el consumidor no lo retira se entenderá por ley que abandona el bien y el prestador del servicio deberá disponer del mismo conforme con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional para el efecto.

Sin perjuicio del derecho de retención, el prestador del servicio no podrá lucrarse económicamente del bien, explotarlo, transferir el dominio o conservarlo para sí mismo. No obstante, lo anterior, el consumidor deberá asumir los costos asociados al abandono del bien, tales como costos de almacenamiento bodegaje y mantenimiento.”

4.1.1. La extensión de la obligación de expedición

La obligación de envió, consiste en el transporte de la cosa vendida, para colocarla si, bajo la propiedad y posesión del comprador. Se trata de un acto mediante el cual el vendedor le remite el objeto material de la compraventa al comprador, de la manera como fue prevista, en las estipulaciones contractuales al respecto.

La transferencia de la propiedad se hace en forma independiente del envió del bien, ya que este último consiste en una obligación de hacer; en tanto que el primero constituye una obligación de dar. El envió consiste en colocar a disposición del consumidor la cosa vendida para que este la pueda usar, gozar y disponer de ella.

El envió de la cosa vendida es una obligación muy estricta. Se refiere al bien especificado en el contrato, conforme a lo previamente establecido en el mismo. Por eso la obligación de envió hace parte de la obligación de conformidad, y por esa razón, se habla de una obligación de envió de conformidad. Esta es la explicación a porqué, el deudor no se libera enviando una cosa diferente, y aun de naturaleza idéntica, aunque ella cumpla la misma función que la prevista en el contrato. Por ejemplo, si se establece que se va a enviar un cuadro original de un determinado pintor, y el vendedor envía una copia que no tiene la autenticidad, no se cumple con la obligación del envió de conformidad con las previsiones contractuales. Eso significa en pocas palabras, que la cosa debe corresponder a las expectativas y al uso que el comprador ha proyectado.

En el derecho común de los contratos de venta, se puede prever que el vendedor se reserve la posibilidad de modificar unilateralmente las características de la cosa que él debe enviar. En materia de derecho del consumidor una cláusula como estas, sería calificada como abusiva y podría solicitarse la nulidad o la ineficacia al juez correspondiente.

Es necesario delimitar la obligación de envió de un objeto, lo que se hace de acuerdo con lo establecido por las partes, de la noción de vicios ocultos, por lo que gran parte de los diferentes estatutos del consumidor, acuden a un sistema monista. La noción de vicio oculto supone la existencia de un defecto de la cosa, por otra parte, encontrándose conforme a lo solicitado. En la definición de la no conformidad, por el contrario, la cosa puede presentar todas las cualidades requeridas, no tener ningún defecto, y estar perfectamente apta para su uso. Es solo que difiere de lo que se convino.

Existen diferentes posiciones, pero se trata siempre de diferenciar la garantía de los vicios ocultos. El tema es importante porque la prueba de un “envió conforme” a lo establecido corresponde al vendedor; en tanto que la prueba de los vicios ocultos corresponde al adquirente.

El envió, debe hacerse, en el momento convenido. Por eso una cláusula en la que el profesional se exonera de todo retardo, será calificada como abusiva, salvo que se trate de un contrato entre profesionales, donde podría ser pactada sin ningún problema.

4.1.2. Las sanciones en caso de no respeto de la obligación de expedición

La ausencia del envío constituye un incumplimiento contractual, ya que se está en presencia de una obligación de resultado. Sin embargo, existen ciertas excepciones legales o la posibilidad de que se presente una fuerza mayor.

El caso que prevé el Estatuto del consumidor es el del consumidor que disfruta de un plazo para retractarse de efectuar la compra. El comprador, en este caso, tiene 5 días para decidir si concluye o no el contrato, y por supuesto no puede exigir que se le envíe el objeto adquirido, antes de expirado ese plazo, que coincide con el perfeccionamiento del contrato, aunque para algunos la inejecución del vendedor justifica la obligación del deudor de efectuar el pago.

La fuerza mayor exonera al vendedor de la obligación de envío de conformidad. Simples dificultades para la ejecución del contrato no pueden invocarse como fuerza mayor. Es necesario que el evento sea imprevisible, irresistible y exterior al vendedor. La fuerza mayor solo implica la suspensión del “envío de conformidad”, cuando cese, el vendedor debe proceder al envío, salvo que este no sea posible. En caso de que el efecto de la fuerza mayor sea definitivo o prolongado, el contrato podrá resolverse judicialmente o acudir a la terminación de mutuo acuerdo.

4.2. LA OBLIGACIÓN DE CONFORMIDAD

La noción de conformidad es polisémica (pluralidad de significados de una misma expresión lingüística) y por eso se puede utilizar en derecho del consumidor en varias acepciones diferentes. Los consumidores tienen derecho a que les sean suministrados productos de calidad y que respondan a sus expectativas. El artículo 3 de la Ley 1480 de 2011 relativo a los derechos y deberes de los consumidores y usuarios, establece en materia de derechos en el numeral 1.1 que el consumidor tiene:

“Derecho a recibir productos de calidad. Recibir el producto de conformidad con las condiciones que establezcan la garantía legal, las que ofrezcan y las habituales del mercado “. La idoneidad y eficiencia según el artículo 5 de la Ley 1480 de 2011 “es la aptitud del producto para satisfacer la necesidad o necesidades para las cuales ha sido producido o comercializado” El artículo 6 establece que “... en ningún caso estas podrán ser inferiores o contravenir lo previsto en reglamentos técnicos y medidas sanitarias y fitosanitarias...”⁷⁴

Mientras en el derecho de las obligaciones el contenido de la conformidad se establece de acuerdo a las cláusulas estipuladas en el contrato, tratándose del derecho del consumidor, su contenido se atiene a lo esperado por el consumidor, lo que conlleva que lo que este espera que se le suministre por el profesional, se encuentre de conformidad con las estipulaciones contractuales, y, además, que satisfaga las reglamentaciones y normas que se encuentren vigentes, por lo que decimos que se trata de un concepto polisémico.

74

Ley 1480 de 2011. Artículos 3, 5, 6.

En primer lugar, es importante analizar que lo suministrado satisfaga las reglamentaciones y normas que se encuentren vigentes, pero también en un segundo tiempo, que se encuentre de acuerdo con las estipulaciones contractuales. Existe pues un aspecto preventivo de la conformidad y un aspecto que tiene que ver con la ejecución del contrato a conformidad y que constituye el aspecto curativo de la conformidad.

4.2.1. Aspecto preventivo de la conformidad

El profesional, es decir el productor o el importador, deben observar las prescripciones que se consagran en materia de seguridad y de salud de las personas, para aquellos productos que está colocando en el mercado.⁷⁵ Él es quien realiza el primer control de conformidad. La inobservancia de este control da elementos para que pueda presumirse la mala fe del profesional.

En principio es la circular única de la Superintendencia de Industria y Comercio, la que se encarga de regular y establecer los requisitos por medio de los cuales los productores y expendedores deben garantizar la calidad e idoneidad de los productos y servicios,⁷⁶ pero dicha normatividad, no consagra temas fundamentales, como las obligaciones y responsabilidades específicas que tienen los productores en los procesos de producción, distribución y venta de los productos y servicios, o como la reglamentación de control sobre los considerados productos peligrosos y defectuosos.

La Corte Constitucional en sentencia C-1141 de 2000, refiriéndose a los derechos de los consumidores señala lo siguiente:

“Los derechos del consumidor, no se agotan en la legítima pretensión a obtener en el mercado, de los productores y distribuidores, bienes y servicios que reúnan unos requisitos mínimos de calidad y de aptitud para satisfacer sus necesidades, la cual hace parte del contenido esencial del derecho del consumidor. El derecho del consumidor cabe advertir, tiene carácter poliédrico. Su objeto, en efecto, incorpora pretensiones, intereses y situaciones de orden sustancial (calidad de bienes y servicios; información); de orden procesal (exigibilidad judicial de garantías; indemnización de perjuicios por productos defectuosos; acciones de clase etc.); de orden participativo (frente a la administración pública y a los órganos reguladores)”.

La Superintendencia de Industria y Comercio tiene el Instituto Nacional de Metrología –INM- que contribuye a establecer las políticas en materia de calidad, lo que contribuye a establecer los parámetros de las eventuales infracciones a la reglamentación de productos y servicios.

La Normalización es una actividad de interés general que tiene por objeto suministrar documentos de referencia elaborados de manera consensuada por todas las partes interesadas, y que se refieren a normas, características, recomendaciones y buenas prácticas, relativas a los productos y a los servicios. De esta manera la normalización es la actividad que establece soluciones con relación a problemas actuales o potenciales de los productos, soluciones que se vuelven aplicaciones repetitivas y comunes con el objeto de lograr un grado óptimo de orden.

⁷⁵ VARGAS AYALA, Guillermo (M.P.) (Dr.). H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera. Sentencia del 15 de mayo de 2014. Radicación número: 25000 23 24 000 2010 00609 01(AP).

⁷⁶ Decreto 3466 de 1982, “por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones”.

Por otra parte, consiste en elaboración, publicación, y adopción de normas técnicas. En la normalización pueden participar además de los profesionales y las empresas, los organismos científicos, así como también, las asociaciones de consumidores. Desde el punto de vista profesional, la normalización contribuye al desarrollo de una política comercial eficaz: reducción de costos de producción por la supresión de modelos superfluos, confiere al profesional argumentos de venta pertinentes que incrementan la fiabilidad y durabilidad del producto, asegurando una mejor competitividad.

Mediante el Decreto 2269 de 1993 se organizó el Sistema Nacional de Normalización, Certificación y Metrología, SNNCM, el cual tiene como objetivo fundamental promover en los mercados la seguridad, la calidad y la competitividad del sector productivo e importador, así como proteger los intereses de los consumidores. La entidad reconocida por el gobierno como organismo nacional de normalización es el Instituto Colombiano de Normas Técnicas, Icontec, cuya función principal es la adopción y publicación de las normas técnicas nacionales y la adopción como tales de las normas elaboradas por otros entes.

Para expedir las certificaciones los terceros tienen que acudir a la Metrología que es la ciencia de las mediciones y con base en ella se controla toda clase de patrones de cualquier tipo que se requieren para el desarrollo de los productos a nivel mundial. Se miden longitudes, fuerzas, masas, potencias, tiempos, capacidades, energías, etc.

El Título IX del Estatuto del consumidor (Ley 1480 de 2011) se refiere a los aspectos relacionados con el subsistema nacional de calidad. En el Capítulo 1 se ocupa de la metrología, en tanto que en el Capítulo 2 del mismo título, se ocupa de los reglamentos técnicos y la evaluación de la conformidad

Los artículos 72 y 73 de la Ley 1480 de 2011 se refiere a los Reglamentos Técnicos en los siguientes términos:

ARTÍCULO 72. DE LOS REGLAMENTOS TÉCNICOS. Cuando alguna norma legal o reglamentaria haga referencia a las –normas técnicas oficializadas– o las –normas técnicas oficiales obligatorias–, estas expresiones se entenderán reemplazadas por la expresión –reglamentos técnicos–. De acuerdo con las disposiciones establecidas en el Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y demás compromisos adquiridos con los socios comerciales de Colombia, no se podrá publicar en la Gaceta Oficial un reglamento técnico que no cuente con la certificación expedida por el Punto de Contacto de Colombia frente a la OMC.

A nivel internacional ISO es la más grande organización de normalización y reúne un poco más de 150 países. En Colombia existen cerca de 400 organismos de evaluación de conformidad –OEC–, que han sido acreditados por la Superintendencia de Industria y comercio, que ha demostrado una indiscutible calidad técnica.

ARTÍCULO 73. RESPONSABILIDAD DE LOS ORGANISMOS DE EVALUACIÓN DE LA CONFORMIDAD. Los organismos de evaluación de la conformidad

serán responsables por los servicios de evaluación que presten dentro del marco del certificado o del documento de evaluación de la conformidad que hayan expedido. El evaluador de la conformidad no será responsable cuando el evaluado haya modificado los elementos, procesos, sistemas o demás condiciones evaluadas y exista nexo causal entre dichas variaciones y el daño ocasionado. Sin perjuicio de las multas a que haya lugar, el evaluador de la conformidad será responsable frente al consumidor por el servicio de evaluación de la conformidad efectuado respecto de un producto sujeto a reglamento técnico o medida sanitaria cuando haya obrado con dolo o culpa grave.

PARÁGRAFO. En todo producto, publicidad o información en los que se avise que un producto o proceso ha sido certificado o evaluado, se deberá indicar, en los términos de la presente ley, el alcance de la evaluación, el organismo de evaluación de la conformidad y la entidad que acreditó al organismo de evaluación.

El sistema se constituye en una herramienta fundamental para el apoyo tecnológico y la productividad, ya que hace de la calidad una filosofía de las organizaciones que desean competir tanto en el mercado interno como externo. El sistema se estructura a través de la certificación que es el procedimiento mediante el cual un tercero, da constancia por escrito o por medio de un sello de conformidad de que un producto, un proceso o un servicio cumple los requisitos especificados en el reglamento.

En el año 2006 se produjo el documento CONPES 3446 del Consejo Nacional de Política Económica y Social. En él, se contienen los lineamientos para el desarrollo de una política nacional que: i) reorganice el marco institucional del Sistema Nacional de Normalización, Certificación y Metrología (SNNCM); ii) fortalezca las actividades de expedición de reglamentos técnicos, normalización, acreditación, designación, evaluación de la conformidad y metrología y; iii) permita obtener el reconocimiento internacional del Subsistema Nacional de la Calidad.

En el documento CONPES se plantea un conjunto de 8 estrategias para la conformación del Subsistema Nacional de la Calidad –en adelante SNCA-. Una de ellas es la conformación del Organismo Nacional de Acreditación con reconocimiento internacional, respecto de la cual se plantean las siguientes acciones: “i) Impulsar la creación de un organismo nacional de acreditación como una institución sin ánimo de lucro, de naturaleza mixta y régimen de derecho privado y que esté tutelado por el Estado. ii) Obtener el reconocimiento internacional del organismo nacional de acreditación y garantizar la participación de éste en los foros internacionales correspondientes. iii) Unificar los requisitos de acreditación exigidos a los organismos de evaluación de la conformidad”.

En el Decreto 1074 de 26 de mayo de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector comercio industria y turismo, donde en el artículo 1.2.1.2 correspondiente a la parte 2 sector descentralizado título 1 entidades adscritas Superintendencia de Industria y Comercio se señala que salvaguarda los derechos de los consumidores, protege la libre y sana competencia, actúa como autoridad nacional de la propiedad industrial y defiende los derechos fundamentales relacionado con la correcta administración de datos personales. El anterior decreto remite al Decreto 4886 del 23 de diciembre de 2011, por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia de

Industria y Comercio, se determina las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones⁷⁷. El Decreto 1074 de 2015 fundamenta la actuación de los Organismos de Evaluación de la Conformidad mediante los siguientes artículos incluidos en la Sección 8:

Artículo 2.2.1.7.8.1. Actuación de los organismos de evaluación de la conformidad. Los organismos evaluadores de la conformidad radicados en el país deberán ser acreditados por el Organismo Nacional de Acreditación respecto a un documento normativo para realizar actividades de evaluación de la conformidad frente a un reglamento técnico, tales como certificación, inspección, realización de ensayo/prueba y calibración, o la provisión de ensayos de aptitud y otras actividades acreditables. Cuando el organismo nacional de acreditación no tenga la competencia técnica para acreditar un organismo en un alcance requerido, podrá acudir al esquema definido para la acreditación transfronteriza con el fin de prestar el servicio en el país. Los organismos evaluadores de la conformidad radicados en el exterior se sujetarán a lo establecido en el artículo 2.2.1.7.9.2, numerales 2, 3 y 4 del presente decreto.

Parágrafo. No podrán realizar actividades de certificación e inspección las entidades que han efectuado labores de asesoría o consultoría a la misma persona natural o jurídica, sobre cualquier aspecto relacionado con el objeto de evaluación de la conformidad.

Artículo 2.2.1.7.8.2. Expedición de los Certificados de conformidad. Los organismos de certificación expedirán un certificado de conformidad una vez revisado el cumplimiento de los requisitos especificados. Los documentos soporte para la expedición de certificados de conformidad con reglamentos técnicos, deberán contener por lo menos: evidencias objetivas de la verificación de todos los requisitos exigidos por el reglamento técnico, con los registros documentales correspondientes, los métodos de ensayo, el plan de muestreo, los resultados de la evaluación, la identificación de los productos o las categorías de producto, la vigencia y el esquema de certificación utilizado, de acuerdo con la NTC ISO/IEC 17067 o la que la reemplace.

Artículo 2.2.1.7.8.3. Obligaciones de los organismos acreditados. Son obligaciones de los organismos acreditados las siguientes:

1. Cumplir con todos los requisitos establecidos por el organismo nacional de acreditación, relativos a su condición de acreditado.

⁷⁷ Este decreto se refiere en el artículo 11 a las funciones del despacho del superintendente delegado para la protección del consumidor, en el artículo 12 a las funciones de la dirección de investigación de protección del consumidor, el artículo 14 sobre las funciones del despacho del superintendente delegado para el control y verificación de reglamentos técnicos y metrología legal y el artículo 15 acerca de las funciones de la dirección de investigaciones para el control y verificación de reglamentos técnicos y metrología legal cuyo numeral segundo prescribe que debe "Adelantar las investigaciones administrativas a los fabricante, importadores, productores y comercializadores de bienes y servicios sujetos al cumplimiento de reglamentos técnicos cuyo control y vigilancia le haya sido asignado a la Superintendencia de Industria y Comercio, e imponer las medidas y sanciones que correspondan de acuerdo con la ley, así como por incumplimiento por parte de los organismos evaluadores de la conformidad de reglamentos técnicos, de los deberes y obligaciones que le son propios".

- 2. Someterse a las evaluaciones de vigilancia del organismo nacional de acreditación y poner a su disposición, dentro de los plazos señalados, toda la documentación e información que le sea requerida.*
- 3. Cuando se trate de servicios de evaluación de la conformidad en el marco de un reglamento técnico, la acreditación debe contemplar en su alcance los requisitos establecidos en el reglamento técnico vigente.*
- 4. Declararse impedido cuando se presenten conflictos de interés.*
- 5. Velar por la idoneidad del personal involucrado en sus actividades.*
- 6. Utilizar los medios publicitarios para hacer alusión explícita y únicamente al alcance establecido en el documento en el que consta la condición de acreditado.*
- 7. Evitar que la condición de acreditado se utilice para dar a entender que un bien, servicio, proceso, sistema o persona está aprobado por el organismo nacional de acreditación.*
- 8. Cesar inmediatamente el uso de toda publicidad que contenga referencia a una condición de acreditado cuando ella sea suspendida o retirada. De igual manera, deberá ajustar toda publicidad cuando se le reduzcan las actividades cubiertas en el alcance de su acreditación.*
- 9. Informar de manera inmediata al organismo nacional de acreditación sobre cualquier cambio que pueda afectar las condiciones sobre las cuales se obtuvo la acreditación.*
- 10. Utilizar los símbolos de acreditación solamente para presentar aquellas sedes y actividades de evaluación de la conformidad cubiertas por el alcance de la acreditación.*
- 11. No hacer ninguna declaración falsa o que pueda generar confusión o engaño respecto de su acreditación.*
- 12. Cuando la acreditación sea una condición requerida para la prestación de servicios y ella sea suspendida o retirada, el organismo de evaluación de la conformidad deberá suspender, de manera inmediata, los servicios que presta bajo dicha condición.*
- 13. Cumplir con las reglas y procedimientos del servicio de acreditación establecidos por el organismo nacional de acreditación.*

14. Los requisitos establecidos en los reglamentos técnicos verificables mediante inspección, deberán ser soportados con pruebas documentales de la inspección realizada, tales como fotografías o videos.

15. Mantener a disposición de la autoridad competente la información relativa a los certificados que expidan con los respectivos soportes documentales que sustentan el certificado, tales como resultados de pruebas y ensayos de laboratorio, inspecciones o documentos reconocidos.

16. Colaborar con las autoridades competentes en la práctica de pruebas, ensayos o inspecciones que sean solicitados dentro de procesos de control y verificación.

Artículo 2.2.1.7.8.4. Investigaciones y procedimientos administrativos contra organismos acreditados. Cuando se inicie una investigación o un procedimiento administrativo en el que estén involucrados organismos acreditados por el organismo nacional de acreditación, o resultados de evaluación de la conformidad emitidos por ellos, la autoridad que conozca del asunto deberá informar al organismo nacional de acreditación con el fin de que este evalúe las actuaciones de su competencia e informe a su consejo directivo.

Artículo 2.2.1.7.8.5. Responsabilidad de los organismos de evaluación de la conformidad. De conformidad con lo señalado en el artículo 73 de la Ley 1480 de 2011, y sin perjuicio de los demás tipos de responsabilidad, los organismos de evaluación de la conformidad serán responsables por los servicios de evaluación que presten o que hayan reconocido dentro del marco del certificado o del documento de evaluación de la conformidad que hayan expedido o reconocido.

Artículo 2.2.1.7.8.6. Pólizas de responsabilidad civil profesional de los Organismos Evaluadores de la Conformidad. Con el fin de amparar la responsabilidad civil resultante de la prestación deficiente de los servicios por parte de los organismos evaluadores de la conformidad, las entidades reguladoras podrán, en función del riesgo, y de acuerdo con las disposiciones legales, establecer como parte de los reglamentos técnicos la constitución de pólizas de responsabilidad civil profesional que amparen la responsabilidad de los organismos de evaluación de la conformidad en los términos del artículo 2.2.1.7.8.5. del presente decreto. Tal seguro debe tener las siguientes características:

1. El tomador y asegurado será el organismo de evaluación de la conformidad.

2. Los beneficiarios del seguro serán los usuarios o los terceros a quienes se les cause algún perjuicio derivado de la responsabilidad de la actividad desarrollada por los organismos evaluadores de la conformidad, en los términos del artículo 2.2.1.7.8.5 del presente Capítulo.

3. El costo del seguro será asumido por los organismos evaluadores de la conformidad, y no podrá ser trasladado bajo ningún mecanismo a los usuarios.

4. El seguro debe amparar de forma general los perjuicios que se causen como consecuencia de la actividad profesional desarrollada por los organismos de evaluación de la conformidad en los términos del artículo 2.2.1.7.8.5 del presente Capítulo, no siendo procedente su fraccionamiento en atención al servicio que preste a cada usuario.

5. Las exclusiones que se pacten en el seguro no podrán contrariar su finalidad, consistente en amparar la responsabilidad civil profesional del Organismo Evaluador de la Conformidad.

6. La vigencia de la póliza deberá coincidir con el período de acreditación del organismo de evaluación de la conformidad.

En atención a las particularidades de cada Reglamento Técnico, la entidad reguladora competente establecerá las condiciones particulares del seguro aplicables en cada caso, observando las condiciones contenidas en el presente artículo.

Parágrafo 1º. Para efectos del presente artículo, solamente se admitirán como exclusiones la fuerza mayor, el caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima, sin perjuicio de otras exclusiones que establezca el regulador en el respectivo reglamento técnico.

4.2.2. El aspecto curativo de la conformidad

No obstante, el desarrollo de las medidas tendientes a que los productos y los servicios estén conformes a las expectativas legítimas de los consumidores, se presentan irregularidades por las que se hace necesario sancionar a los profesionales poco escrupulosos y que el consumidor pueda obtener la reparación de perjuicios.

El Consejo de Estado avala la decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio que sanciona a una sociedad por prestar servicios de calibración de surtidores de combustible de estaciones de servicio por fuera de la acreditación que le concedió la Superintendencia.⁷⁸

⁷⁸ Consejo de Estado. Expediente 6807. Sentencia del 25 octubre de 2001.

4.2.2.1. El aspecto penal de la falta de conformidad

Es alarmante la falsificación de marcas y adulteración de productos en Colombia. En general existe tal violación a los derechos de propiedad intelectual e industrial, que las empresas multinacionales se abstienen de invertir en el país por evitarse la competencia desleal y prohibida de que serían objeto. Aun así, no es raro encontrar en las principales ciudades del país negocios con nombres de cadenas de almacenes o restaurantes mundialmente reconocidos, pero que nunca han pensado en establecer sucursales en Colombia o que, al llegar, se encontraron con que ya existían negocios que utilizaban ilegalmente su nombre. El ejemplo más reciente se presentó con la cadena de restaurantes Fridy's que cuando se estableció en el país se encontró con que un empresario local ya usaba esa marca. Al final, la cadena internacional ganó el pleito.

La empresa Gillette también fue víctima de la usurpación de la marca de sus cuchillas de afeitar Prestobarba. En el mercado comenzó a aparecer la marca Prestobarba hasta que el caso llegó a los tribunales y favoreció a Gillette. Calzado y ropa de marcas reconocidas como Reebok, Nike, Fila, Lacoste, Levis y Tommy Hilfiger han sido falsificados.

La usurpación de marcas también se presenta con establecimientos comerciales de toda índole y productos de fabricación nacional. El caso más famoso es el del restaurante Surtidora de Aves de Bogotá, que, debido a su éxito en el negocio del pollo asado, debió afrontar una verdadera ola de la usurpación de marca por parte de comerciantes inescrupulosos que establecieron negocios en todos los rincones de la ciudad y otros municipios bajo nombre de Surtiaves.

La falsificación incluye contenido y empaque. Algunos productos son presentados en envases recuperados de los basureros de las ciudades. En algunos casos, como en la fécula de maíz, el empaque también es fabricado por los falsificadores. En el caso de la salsa de tomate se ha detectado la compra de grandes cantidades del producto legítimo para ser luego reempacado en presentaciones de menor volumen como sobres.

Bebidas - El producto más adulterado es el aguardiente, seguido del ron y del brandy. La investigación no incluyó whisky que, sin embargo, también se adultera. - En el caso del aguardiente, la adulteración fue detectada hace muchos años, pero en el caso del ron, apenas se descubrió en diciembre de 1998.- Algunos de los insumos son importados y la fabricación de envases, etiquetas y tapas es contratada con productores nacionales.

Cuando las autoridades incautan mercancía ilegal, no hay controles posteriores en las bodegas de la Fiscalía. Además, el costo del bodegaje lo paga el empresario o persona que denuncia al falsificador.

Medicamentos - Entre los productos farmacéuticos que más se falsifican están los antibióticos, analgésicos, antiinflamatorios, antihistamínicos y talcos medicinales. - La fabricación de productos farmacéuticos ilegales se hace a través de pequeñas unidades de producción y sin especialización en un solo artículo.

4.2.2.2 El aspecto civil de la falta de conformidad

Tratamiento de la ausencia de conformidad en la teoría general

En el aspecto civil de la ausencia de conformidad es necesario disociar el contrato de venta de otros contratos. Existen dos clases de garantías en principio: la garantía de evicción y la garantía por vicios ocultos.

La garantía de evicción parte de la idea de que el vendedor debe garantizar la propiedad de la cosa vendida al adquirente. En tanto que la garantía por vicios ocultos conlleva que el vendedor debe ofrecer y entregar un bien que no tenga ningún defecto de utilización para el comprador.

La noción de conformidad envía a las especificaciones contractuales, y hay defecto de conformidad cuando la cosa enviada es diferente a la convenida, diferencia que puede ser de orden cuantitativo como cualitativo. Existirá por ejemplo falta de conformidad por ejemplo cuando un vehículo automotor es vendido con un contador de kilómetros que está dañado o es inexacto. Cuando la cosa adquirida no se puede utilizar en su destinación normal, estamos en presencia de los vicios ocultos, como cuando la parte eléctrica del automóvil presenta fallas o cuando el motor del automóvil está gravemente afectado.⁷⁹

La jurisprudencia francesa distingue por ejemplo entre el vicio oculto y la no conformidad. La Corte de París sostuvo que el vicio oculto de la cosa vendida es un defecto, una anomalía, una alteración dañina al buen funcionamiento de la cosa que la hace impropia para el uso al cual está destinado, mientras que el defecto de conformidad justifica la resolución del contrato de venta por la inexecución contractual consistente en la diferencia entre la cosa prometida y la cosa entregada.⁸⁰

El derecho tradicional se refiere a los vicios ocultos, cuando la cosa es impropia para el uso al cual se encuentra destinada. Para que un vicio sea considerado como oculto, el bien debe tener un defecto que el comprador pueda legítimamente ignorar. Si lo conoce, es elemental, que no estamos en presencia de un vicio oculto. Si el vicio es mínimo o solamente afecta lo acordado, no estaremos en presencia de un vicio oculto. El carácter de oculto permite hacer una diferencia entre el comprador profano y el comprador profesional.

El comprador profano no tiene la competencia profesional y en consecuencia tiene un conocimiento muy limitado de la cosa. El comprador profano debe hacer un examen medio, como el de un buen padre de familia, sin que se requiera que haga de investigaciones importantes, y por lo tanto en esas circunstancias, podrá reclamar un vicio oculto, sin que le sea exigible ninguna diligencia adicional.

El carácter oculto de un vicio es estrictamente establecido en el caso de los profesionales, en razón de los conocimientos técnicos, que manejan o debieran manejar. El vendedor debe pertenecer a la misma especialidad del comprador. En este caso debe hacer una revisión atenta de la cosa. Se presume que él conoce los vicios de la cosa vendida, pero es una presunción desvirtuable, por ejemplo, si el vicio es invisible o imperceptible; pero además en el caso que el vendedor haya conscientemente disimulado el vicio.

⁷⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de agosto de 2009. Exp. 1100131030092000-09578-01.
⁸⁰ PIEDELIEVRE, Stéphane. Droit de la Consommation. Economica. Paris. 2008. Pág. 424.

El vicio debe existir a más tardar antes de la transferencia de los riesgos al comprador, de tal manera que si el defecto estaba en germen antes de esa transferencia se puede hacer efectiva la garantía (es trascendental establecer por el juez, la fecha de nacimiento del vicio). El vicio en este caso debe provenir de la venta y no por ejemplo de una mala utilización que el comprador haya hecho de la cosa.

En el derecho tradicional, la prueba se refiere a tres elementos. La existencia del vicio y su origen cuya prueba corresponde al adquirente; y el carácter de oculto del vicio, cuya prueba no le corresponde. El vendedor podría exonerarse, demostrando que se trata de un vicio aparente; o que el comprador ya lo conocía.⁸¹

En materia de régimen convencional de los vicios ocultos, los contratantes pueden prever una extensión (de dos formas: el vendedor puede aumentar el plazo con respecto a los vicios redhibitorios, o puede asumir los vicios aparentes) o una limitación de la garantía. En el derecho tradicional, las cláusulas limitativas de responsabilidad pueden ser admitidas, salvo tres casos: mala fe del vendedor, cuando es profesional, y cuando ha cometido una falta grave.

Tratamiento de ausencia de conformidad en la Ley 1480 de 2011

Tratándose del derecho del consumidor, en este se han fusionado las acciones existentes y sometidas a regímenes diferentes en el derecho tradicional. El consumidor no tiene que distinguir según la Ley 1480 de 2011, entre las acciones que se derivan del envío, la de evicción y por vicio oculto, propias del derecho tradicional.

Para algunos el consumidor puede optar entre el sistema clásico y el previsto por el Estatuto del consumidor, ya que podría intentar la acción por vicios redhibitorios o cualquier acción que sea de naturaleza contractual o extracontractual. Todo esto además conservando, la posibilidad de demandar la nulidad del contrato por vicio en el consentimiento; lo que no podría, ejercer conjuntamente las acciones del derecho tradicional y las del derecho del consumidor.

En el sistema clásico se puede ejercer por el comprador la acción redhibitoria cuyo objeto es que se declare la nulidad del contrato, lo cual opera como una resolución; o puede conservar la cosa, pero hacerse restituir una parte del precio que ha pagado, mediante una acción que es la acción estimatoria, donde se busca que el juez rehaga el contrato, pero con la reducción del precio.

El Estatuto del consumidor descarta las cláusulas que tienen por objeto que el vendedor profesional eluda su obligación de garantía, ya que la calidad de profesional (fabricante, intermediario o distribuidor) hacen presumir que el vendedor conoce los vicios de la cosa, y toda cláusula que sea contraria, es ineficaz de pleno derecho. El artículo 44 de dicho Estatuto, señala en el numeral 4º que será ineficaz de pleno derecho, las cláusulas que *“trasladen al consumidor o a un tercero que no sea parte en el contrato la responsabilidad del productor o del proveedor”*. El numeral 5º del mismo artículo, establece igual sanción para las que *“Establezcan que el productor o el proveedor no reintegre lo pagado sino se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado”*

⁸¹ Al respecto véase la sentencia del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 2088-00041 /43357 del 18 de mayo de 2017. M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

En estos dos casos relativos al derecho del consumidor, el profesional no podrá invocar la buena fe en la ejecución del contrato, porque tal argumento será inoperante, ante la claridad de la sanción estipulada para esta clase de cláusulas abusivas. En derecho privado, por el contrario, la cláusula de limitación de la responsabilidad es válida, siempre y cuando el vendedor no proceda con mala fe.

4.2.3. Las obligaciones de conformidad según las condiciones contractuales: la obligación de garantía

La conformidad en materia de derecho del consumidor, a diferencia del derecho tradicional no solo contempla la garantía por vicios ocultos, los cuales están más relacionados con el aspecto funcional de la conformidad, es decir, la aptitud del bien para cumplir su función; sino que se dirige, para exigirle responsabilidad, tanto a quien coloca por primera vez el bien o servicio sobre el mercado, como igualmente a todas las personas profesionales, incluyendo al distribuidor minorista que se sitúan en la cadena de comercialización antes de llegar al consumidor.

La obligación de conformidad comprende la calidad, la idoneidad o eficiencia como lo contempla el artículo 5 al definir las:

“6. Idoneidad o eficiencia: Aptitud del producto para satisfacer la necesidad o necesidades para las cuales ha sido producido o comercializado”.

Además, también según el artículo 13 de la Ley 1480 de 2011 se podrán otorgar garantías suplementarias a la legal, bien por los productores o proveedores como por terceros especializados, siempre y cuando estas sean aceptadas por el consumidor previamente. La obligación de conformidad las desarrolla la Ley 1480 de 2011 a través de la conformidad: garantía legal y en las obligaciones de conformidad derivadas del contrato.

4.2.3.1. La garantía legal

El Estatuto del Consumidor define en el artículo 5, numeral 5, la garantía como la “obligación temporal, solidaria a cargo del productor y el proveedor, de responder por el buen estado del producto y la conformidad del mismo con las condiciones de idoneidad, calidad y seguridad legalmente exigibles o las ofrecidas”.⁸² La garantía legal no tendrá contraprestación adicional al precio del producto. El numeral 1 del artículo 11 de la Ley 1480 de 2011 señala, que la garantía legal implica la obligación “Como regla general, reparación totalmente gratuita de los defectos del bien, así como su transporte, de ser necesario, y el suministro oportuno de los repuestos. Si el bien no admite reparación, se procederá a su reposición o a la devolución del dinero”⁸³

82 Art. 78.- “La ley regulará 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”. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos”

83 Ley 1480 de 2011. Numeral 1 artículo 11.

La garantía legal es ampliamente utilizada en materia por ejemplo de ventas de automóviles y de aparatos electrodomésticos; y se consigna en un escrito denominado certificado de garantía, por el cual el vendedor se compromete, dentro de las condiciones precisas establecidas en el documento, a reparar o a remplazar el objeto en caso de que un defecto pueda aparecer en un plazo determinado a partir de la venta.⁸⁴

El artículo 7, reitera la definición adoptada por el artículo 5 numeral 5; pero además hace la salvedad, acerca de cómo opera la garantía tratándose de prestación de servicios, donde no es una obligación de resultado sino una obligación de medio, que se refiere a unos parámetros que pueden provenir de reglas exteriores y obligatorias para los contratantes, que hagan parte de la oferta, o en las que sean habituales en un determinado mercado.

ARTÍCULO 7º. GARANTÍA LEGAL. Es la obligación, en los términos de esta ley, a cargo de todo productor y/o proveedor de responder por la calidad, idoneidad, seguridad y el buen estado y funcionamiento de los productos.

En la prestación de servicios en el que el prestador tiene una obligación de medio, la garantía está dada, no por el resultado, sino por las condiciones de calidad en la prestación del servicio, según las condiciones establecidas en normas de carácter obligatorio, en las ofrecidas o en las ordinarias y habituales del mercado.

Parágrafo: La entrega o distribución de productos con descuento, rebaja o con carácter promocional está sujeta a las reglas contenidas en la presente ley.

El término de la garantía legal está establecido en el artículo 8 de la Ley 1480 de 2011, y será señalado por la ley o la autoridad competente. En ausencia de esta disposición obligatoria, será el anunciado por el productor y proveedor, siempre y cuando no sea inferior a un año para productos nuevos, en tanto que para productos perecederos la garantía legal expirará en la fecha de vencimiento establecida en el empaque. Señala dicha disposición:

ARTÍCULO 8º. TÉRMINO DE LA GARANTÍA LEGAL. El término de la garantía legal será el dispuesto por la ley o por la autoridad competente. A falta de disposición de obligatorio cumplimiento, será el anunciado por el productor y/o proveedor. El término de la garantía legal empezará a correr a partir de la entrega del producto al consumidor.

De no indicarse el término de garantía, el término será de un año para productos nuevos. Tratándose de productos perecederos, el término de la garantía legal será el de la fecha de vencimiento o expiración.

⁸⁴ Al respecto véase la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá-Sala Séptima de la Decisión Civil. M.P. Oscar Fernando Vaya Peña. Radicado: 2008-44993-01 del 21 de mayo de 2014.

Los productos usados en los que haya expirado el término de la garantía legal podrán ser vendidos sin garantía, circunstancia que debe ser informada y aceptada por escrito claramente por el consumidor. En caso contrario se entenderá que el producto tiene garantía de tres (3) meses.

La prestación de servicios que suponen la entrega del bien para la reparación del mismo podrá ser prestada sin garantía, circunstancia que debe ser informada y aceptada por escrito claramente por el consumidor. En caso contrario se entenderá que el servicio tiene garantía de tres (3) meses, contados a partir de la entrega del bien a quien solicitó el servicio.

Para los bienes inmuebles la garantía legal comprende la estabilidad de la obra por diez (10) años, y para los acabados un (1) año.

En cuanto a los productos usados de que trata el inciso 3 del artículo 8, se observa que el artículo 15 del mismo estatuto, se refiere a la posibilidad de que no exista garantías. El artículo en mención señala lo siguiente:

ARTÍCULO 15. PRODUCTOS IMPERFECTOS, USADOS, REPARADOS, REMANUFACTURADOS REPOTENCIALIZADOS O DESCONTINUADOS. Cuando se ofrezcan en forma pública productos imperfectos, usados, reparados, remanufacturados, repotencializados o descontinuados, se debe indicar dicha circunstancia en forma precisa y notoria, de acuerdo con las instrucciones que señale la Superintendencia de Industria y Comercio.

PARÁGRAFO. Cuando en la factura de venta se haya informado al consumidor el o los imperfectos y/o deterioros, la garantía legal no será exigible con relación al imperfecto o deterioro aceptado por el consumidor.

Hay que distinguir la garantía legal del servicio post-venta. El contrato post-venta lo puede celebrar con el consumidor el fabricante, el vendedor o un tercero especializado. Es importante que el consumidor pueda determinar cuál es el costo de las prestaciones futuras y que se encuentra incluido en el valor de la garantía comercial o legal, y que debe ser cubierto por el comprador y a partir de qué momento. No puede existir confusión entre la garantía legal que proviene del contrato de adquisición del producto, y el contrato de servicio post-venta. Tampoco se pueden confundir estas dos, con las garantías suplementarias o convencionales pactadas por el profesional y el consumidor, establecidas en el artículo 13 de la Ley 1480 de 2011.

En caso de la ejecución del servicio post-venta, el profesional debe informar a los consumidores sobre la posibilidad de adquirir los repuestos y accesorios, de conformidad con la información que reciben en forma permanente de los fabricantes sobre disponibilidad de los mismos. El artículo 11 de la Ley 1480 de 2011 en su numeral 7, señala que la garantía legal comprende la obligación de:

“Contar con la disponibilidad de repuestos, partes, insumos y mano de obra capacitada, aun después de vencida la garantía, por el termino establecido por la autoridad competente, y a falta de este, el anunciado por el productor. En caso de que no se haya anunciado el termino de disponibilidad de repuestos, partes, insumos, y mano de obra capacitada, sin perjuicio de las sanciones correspondientes por información insuficiente, será el de las condiciones ordinarias y habituales del mercado para productos similares. Los costos a los que se refiere este numeral serán asumidos por el consumidor, sin perjuicio de lo señalado en el numeral 1 del presente artículo”

4.2.3.2. La garantía suplementaria

Las garantías suplementarias, parten de la obligación que asume unilateral y voluntariamente el garante (sea el propio vendedor, el fabricante u otro sujeto que participe en el proceso de distribución) de responder en las condiciones estipuladas por la propia garantía en caso de defectos del bien. La garantía comercial es típica de los contratos de compraventa, aunque también se utiliza en la reparación de bienes objeto de contratos de consumo.⁸⁵

El comprador por la simple celebración del contrato se beneficia de la garantía legal. Sin embargo, el profesional y todos los integrantes de la cadena de distribución le es aplicable la solidaridad frente a las extensiones contractuales que se efectúen de la garantía en favor del consumidor adquirente. Si la garantía es por ejemplo otorgada por un plazo de tres años. Las cláusulas limitando la garantía contractual o subordinándola a condiciones particulares, no tienen ningún efecto sobre la garantía legal, que siempre deberá subsistir, en cualquier caso.

Establece el artículo 13 ibídem:

ARTÍCULO 13. GARANTÍAS SUPLEMENTARIAS. Los productores y proveedores podrán otorgar garantías suplementarias a la legal, cuando amplíen o mejoren la cobertura de esta, de forma gratuita u onerosa. En este último caso se deberá obtener la aceptación expresa por parte del consumidor, la cual deberá constar en el escrito que le dé soporte. También podrán otorgar este tipo de garantías terceros especializados que cuenten con la infraestructura y recursos adecuados para cumplir con la garantía.

PARÁGRAFO 1º. A este tipo de garantías le es aplicable la regla de responsabilidad solidaria, respecto de quienes hayan participado en la cadena de distribución con posterioridad a quien emitió la garantía suplementaria.

PARÁGRAFO 2º. Cuando el bien se adquiera en el exterior con garantía global o válida en Colombia, el consumidor podrá exigirla al representante de marca en Colombia y solicitar su efectividad ante las autoridades colombianas. Para hacer efectiva este tipo de garantía, se deberá demostrar que se adquirió en el exterior.

Los artículos 9, 10 y 11 de la Ley 1480 de 2011 se refieren a la posibilidad de suspender o ampliar el plazo de la garantía legal, los conceptos que incluye la misma, así como quienes se hacen responsables frente al consumidor por la misma.

El artículo 9 señala que el término de la garantía se suspende mientras el consumidor este privado de la utilización del producto. Establece que, si se produce un cambio total del producto por otro, el termino de garantía, empezara a correr nuevamente *“a partir de la reposición”*. No sobra recordar que el término de la garantía empieza a correr originalmente según lo señala el artículo 8, *“a partir de la entrega del producto al consumidor”*.

La responsabilidad de la garantía legal recae según el artículo 10 en forma solidaria en los productores y proveedores respectivos.⁸⁶ Se establece que para establecer la responsabilidad por incumplimiento por las condiciones de idoneidad y calidad *“bastara con demostrar el defecto del producto, sin perjuicio de las causales de exoneración establecidas en el artículo 16 de la presente ley”*⁸⁷

Según el mencionado artículo 16 existen unos casos en los que el productor y el proveedor se exonera de la garantía, y es cuando el defecto proviene de fuerza mayor y caso fortuito; el hecho de un tercero; el uso indebido por parte del consumidor; y cuando el consumidor no atendió las instrucciones de instalación, uso, mantenimiento indicadas en el manual del producto y en la garantía. Esta exoneración de responsabilidad del productor y del proveedor está muy relacionada con la obligación de información, de cooperación del profesional frente al consumidor, cuando se trata de productos complejos, donde puede llegar a establecerse hasta una obligación de consejo que trascienda la de información y de cooperación.

Por esta razón el artículo 16 al referirse a la exoneración de la responsabilidad de la garantía, señala que el productor o el proveedor está en posibilidad de hacerlo, en los casos antes mencionados, y establece en el numeral 4º que, si existe un manual de instrucciones, el mismo, deberá estar acorde con la complejidad del producto.

Señala textualmente el artículo 16 de la Ley 1480 de 2011, en forma previa a señalar que el proveedor o el expendedor que pretendan exonerarse debe demostrar el nexo causal entre la causal y el defecto que observa el bien, al momento de la reclamación.

⁸⁶ Corte Constitucional- C-973 de 2002. M.P. Álvaro Tafos Galvis “Las condiciones de calidad e idoneidad son las que establece el propio productor o son las que obligatoriamente se imponen a éste. El control del proceso de producción y el diseño del bien o del servicio, incumben de manera directa al productor profesional. El productor obtiene su ganancia por su papel en el proceso de producción y, como contrapartida, asume los riesgos derivados de la misma.

⁸⁷ Ley 1480 de 2011. Artículo 10 “Responsables de la Garantía Legal”

ARTÍCULO 16. EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LA GARANTÍA. El productor o proveedor se exonerará de la responsabilidad que se deriva de la garantía, cuando demuestre que el defecto proviene de:

- 1. Fuerza mayor o caso fortuito;*
- 2. El hecho de un tercero;*
- 3. El uso indebido del bien por parte del consumidor, y*
- 4. Que el consumidor no atendió las instrucciones de instalación, uso o mantenimiento indicadas en el manual del producto y en la garantía. El contenido del manual de instrucciones deberá estar acorde con la complejidad del producto. Esta causal no podrá ser alegada si no se ha suministrado manual de instrucciones de instalación, uso o mantenimiento en idioma castellano.*

PARÁGRAFO. En todo caso el productor o expendedor que alegue la causal de exoneración deberá demostrar el nexo causal entre esta y el defecto del bien.

En cuanto a los aspectos que incluye la garantía legal, el artículo 11 enumera las siguientes obligaciones:

ARTÍCULO 11. ASPECTOS INCLUIDOS EN LA GARANTÍA LEGAL. Corresponden a la garantía legal las siguientes obligaciones:

- 1. Como regla general, reparación totalmente gratuita de los defectos del bien, así como su transporte, de ser necesario, y el suministro oportuno de los repuestos. Si el bien no admite reparación, se procederá a su reposición o a la devolución del dinero.*
- 2. En caso de repetirse la falla y atendiendo a la naturaleza del bien y a las características del defecto, a elección del consumidor, se procederá a una nueva reparación, la devolución total o parcial del precio pagado o al cambio parcial o total del bien por otro de la misma especie, similares características o especificaciones técnicas, las cuales en ningún caso podrán ser inferiores a las del producto que dio lugar a la garantía.*
- 3. En los casos de prestación de servicios, cuando haya incumplimiento se procederá, a elección del consumidor, a la prestación del servicio en las condiciones en que fue contratado o a la devolución del precio pagado.*
- 4. Suministrar las instrucciones para la instalación, mantenimiento y utilización de los productos de acuerdo con la naturaleza de estos.*

5. Disponer de asistencia técnica para la instalación, mantenimiento de los productos y su utilización, de acuerdo con la naturaleza de estos. La asistencia técnica podrá tener un costo adicional al precio.

6. La entrega material del producto y, de ser el caso, el registro correspondiente en forma oportuna.

7. Contar con la disponibilidad de repuestos, partes, insumos, y mano de obra capacitada, aun después de vencida la garantía, por el término establecido por la autoridad competente, y a falta de este, el anunciado por el productor. En caso de que no se haya anunciado el término de disponibilidad de repuestos, partes, insumos y mano de obra capacitada, sin perjuicio de las sanciones correspondientes por información insuficiente, será el de las condiciones ordinarias y habituales del mercado para productos similares. Los costos a los que se refiere este numeral serán asumidos por el consumidor, sin perjuicio de lo señalado en el numeral 1 del presente artículo.

8. Las partes, insumos, accesorios o componentes adheridos a los bienes inmuebles que deban ser cambiados por efectividad de garantía, podrán ser de igual o mejor calidad, sin embargo, no necesariamente idénticos a los originalmente instalados.

9. En los casos de prestación de servicios que suponen la entrega de un bien, repararlo, sustituirlo por otro de las mismas características, o pagar su equivalente en dinero en caso de destrucción parcial o total causada con ocasión del servicio defectuoso. Para los efectos de este numeral, el valor del bien se determinará según sus características, estado y uso.

Esta normatividad no es propia del derecho del consumidor, sino que es jurisprudencia constante en diversos contratos que tienen que ver con bienes o prestación de servicios. Lo importante en este caso, es que la obligación contractual que se impone a los profesionales, integra la noción de conformidad con la garantía legal que trae el artículo 7 del Estatuto con las garantías suplementarias que trae el artículo 13 de la Ley 1480 de 2011, para productos tanto colombianos como importados.

Al respecto es importante recordar que el artículo 2 del mismo Estatuto, señala que “esta ley es aplicable a los productos nacionales e importados” de tal manera que el Parágrafo 2 del artículo 13 establece: “Cuando el bien se adquiera en el exterior con garantía global o válida en Colombia, el consumidor podrá exigirla al representante de la marca en Colombia y solicitar su efectividad ante las autoridades colombianas. Para hacer efectiva ese tipo de garantía, se deberá demostrar que se adquirió en el exterior”. El artículo 17 con respecto a la denominada obligación especial, hace que el productor tenga antes de la producción, puesta en circulación de los productos o importación de

aquellos que están sometidos a reglamento técnico, la obligación de informar ante la autoridad de control: el nombre del productor o importador y el de su representante legal o agente residenciado en el país y la dirección para efecto de notificaciones, así como la información adicional que determinen los reguladores del producto.

Expresa el artículo 17 en su integridad lo siguiente:

ARTÍCULO 17. OBLIGACIÓN ESPECIAL. Sin perjuicio de la obligación de demostrar el cumplimiento del reglamento técnico y lo establecido en normas especiales, todo productor deberá previamente a la puesta en circulación o a la importación de los productos sujetos a reglamento técnico, informar ante la autoridad de control: el nombre del productor o importador y el de su representante legal o agente residenciado en el país y la dirección para efecto de notificaciones, así como la información adicional que determinen los reguladores de producto.

El Gobierno Nacional definirá los casos en que el productor o importador deberá, además de cumplir con el requisito anterior, mantener un establecimiento de comercio en el país.

Las entidades encargadas del control del reglamento técnico deberán organizar y mantener el registro de la información a la que se refiere este artículo.

PARÁGRAFO, La representación en el país se podrá probar, entre otras, con el certificado de existencia y representación legal vigente, donde conste el término de vigencia de la persona jurídica, o por contrato de representación firmado con una empresa legalmente constituida en el país.

4.2.3.3. Prestación de servicios que supone la entrega de un bien

El Estatuto del Consumidor se refiere en el artículo 18 a la prestación de servicios que suponen la entrega de un bien. Prescribe el artículo en mención lo siguiente:

ARTÍCULO 18. PRESTACIÓN DE SERVICIOS QUE SUPONEN LA ENTREGA DE UN BIEN. *Cuando se exija la entrega de un bien respecto del cual se desarrollará una prestación de servicios, estará sometido a las siguientes reglas:*

1. Quien preste el servicio debe expedir un recibo del bien en el cual se mencione la fecha de la recepción, y el nombre del propietario o de quien hace entrega, su dirección y teléfono, la identificación del bien, la clase de servicio, las sumas que se abonan como parte del precio, el término de la garantía que otorga, y si es posible determinarlos en ese momento, el valor del servicio y la fecha de devolución.

Cuando en el momento de la recepción no sea posible determinar el valor del servicio y el plazo de devolución del bien, el prestador del servicio deberá informarlo al consumidor en el término que acuerden para ello, para que el consumidor acepte o rechace de forma expresa la prestación del servicio. De dicha aceptación o rechazo se dejará constancia, de tal forma que pueda ser verificada por la autoridad competente; si no se hubiere hecho salvedad alguna al momento de entrega del bien, se entenderá que el consumidor lo entregó en buen estado.

2. Quien preste el servicio asume la custodia y conservación adecuada del bien y, por lo tanto, de la integridad de los elementos que lo componen, así como la de sus equipos anexos o complementarios, si los tuviere.

Es necesario señalar que el párrafo del artículo 18 contempla la posibilidad de que transcurra un mes, y el consumidor no se presente a retirar el bien, lo que equivaldría a un abandono del mismo. En razón de lo anterior se expidió el Decreto 1413 de agosto 3 de 2018, por el cual se adiciona un capítulo al libro 2, parte 2, título 2 del Decreto Único del sector Industria Comercio y Turismo, Decreto 1074 de 2015 y se reglamenta el párrafo del artículo 18 de la Ley 1480 del 2011, por lo cual se procederá a transcribir dicha reglamentación que corresponde al capítulo 56 sobre bienes dejados en abandono bajo la prestación de un servicio:

PARÁGRAFO. (...) *Pasado un (1) mes a partir de la fecha prevista para la devolución o a la fecha en que el consumidor debía aceptar o rechazar expresamente el servicio, de conformidad con lo previsto en el numeral 1 anterior sin que el consumidor acuda a retirar el bien, el prestador del servicio lo requerirá para que lo retire dentro de los dos (2) meses siguientes a la remisión de la comunicación. Si el consumidor no lo retira se entenderá por ley que abandona el bien y el prestador del servicio deberá disponer del mismo conforme con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional para el efecto (...).*

(...).

Sin perjuicio del derecho de retención, el prestador del servicio no podrá lucrarse económicamente del bien, explotarlo, transferir el dominio o conservarlo para sí mismo. No obstante, lo anterior, el consumidor deberá asumir los costos asociados al abandono del bien, tales como costos de almacenamiento bodegaje y mantenimiento.

Señala el capítulo 56 sobre bienes dejados en abandono bajo la prestación de un servicio lo siguiente:

ARTÍCULO 2.2.2.56.1. Objeto. *El presente capítulo tiene por objeto reglamentar la forma en que el prestador de un servicio que supone la entrega de bienes muebles debe disponer de aquellos cuya transferencia del derecho de dominio no está sujeta a registro, y que han sido dejados*

en abandono por parte de los consumidores, en los términos en que lo establece el artículo 18 de la Ley 1480 de 2011.

ARTÍCULO 2.2.2.56.2. Procedimiento para requerir al consumidor. Quien preste el servicio de qué trata el artículo 18 de la Ley 1480 de 2011, sobre los bienes a que se refiere el artículo anterior, observará el siguiente procedimiento para requerir al consumidor:

Transcurrido un (1) mes a partir de la fecha prevista para la devolución o aquella en que el consumidor debía aceptar o rechazar expresamente el servicio, sin que éste acuda a retirar el bien, el prestador lo requerirá para que lo retire. El retiro del bien deberá hacerse dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de remisión de la comunicación que deberá tener en cuenta los siguientes requisitos:

1) Informar por escrito al consumidor que debe retirar el bien dentro de los dos (2) meses siguientes a la remisión de dicha comunicación, e indicarle que, finalizado dicho término, de no retirarse el bien, se entenderá por ley que lo abandona.

2) La comunicación anterior, deberá enviarse por correo certificado a la dirección que el consumidor haya indicado en el recibo expedido con ocasión de la prestación del servicio y a cualquier otra de la que se tenga conocimiento.

PARÁGRAFO. Cuando se conozca la dirección de correo electrónico del consumidor, la comunicación deberá remitirse además por este medio. En todo caso, serán aplicables las reglas que para el efecto ha dispuesto en el inciso 5 del numeral 3 del artículo 291 de la Ley 1564 de 2012.

ARTÍCULO 2.2.2.56.3. Momento del abandono. Una vez requerido el consumidor en los términos previstos en el artículo anterior y transcurrido el plazo de dos (2) meses a que se refiere el artículo 18 de la Ley 1480, para que retire el bien, sin que esto ocurra, se entenderá que el bien ha sido abandonado.

No se entenderá que el bien ha sido retirado con la sola manifestación del consumidor de su intención de hacerlo.

El término a que se refiere este artículo se suspenderá en aquellos casos en que el consumidor manifieste de manera expresa la imposibilidad de retirar el bien dentro del mismo, manifestando además la fecha probable en que retirara el bien, y asumirá los costos que la custodia implique para el prestador.

ARTÍCULO 2.2.2.56.4. Efectos del abandono de bienes. *Una vez transcurrido el plazo de dos (2) meses de que trata el artículo 2.2.2.56.2., del presente decreto, sin que se haya retirado el bien, la condición de abandono prevista en el artículo 18 de la Ley 1480 de 2011, tendrá como efecto que el bien se reputa provisoriamente mostrenco de conformidad con lo establecido en el artículo 704 del Código Civil, debiéndose dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 2.4.3.1.3.1 del Decreto 1084 de 2015.*

ARTÍCULO 2.2.2.56.5. Prueba de los trámites y mecanismos de supervisión. *El prestador del servicio que agote cualquiera de los procedimientos previstos en el presente capítulo deberá conservar a disposición de la autoridad competente copia íntegra de todos los documentos, requerimientos y notificaciones a los que alude la norma reglamentada y el presente capítulo, por un término no inferior a tres (3) años a partir de la fecha que en que recibe el bien para la prestación del servicio.*

El numeral 3 de la Ley 1480 de 2011 se refiere especialmente al servicio de parqueadero y establece los requisitos que debe contener el recibo y los demás detalles de la prestación del servicio. El caso del servicio de parqueadero es uno de los más frecuentes y representativos de la prestación de servicios que suponen la entrega de un bien que posteriormente resulta abandonado, lo que le planteaba al prestador del servicio una situación muy difícil de solucionar, antes de que el artículo 18 fuera reglamentado por el mencionado Decreto 1413 de 2018.

(..)

3. En la prestación del servicio de parqueadero la persona natural o jurídica que preste el servicio deberá expedir un recibo del bien en el cual se mencione la fecha y hora de la recepción, la identificación del bien, el estado en que se encuentra y el valor del servicio en la modalidad en que se preste. Para la identificación y el estado en que se recibe el bien al momento del ingreso, podrá utilizarse medios tecnológicos que garanticen el cumplimiento de esta obligación. Cuando se trate de zonas de parqueo gratuito, el prestador del servicio responderá por los daños causados cuando medie dolo o culpa grave.

4.3. LA OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD

La obligación de seguridad nace en principio como una creación jurisprudencial para los profesionales que celebran contratos con consumidores, y se va extendiendo progresivamente en virtud de que las sociedades contemporáneas tienen la tendencia cada vez, a ser más solidarias. Se entiende que el profesional debe ser responsable de todas las consecuencias de su actividad, en la medida en que conoce todos los riesgos inherentes a la misma.

La seguridad es un derecho del consumidor que contempla el artículo 3 numeral 1.2 de la Ley 1480 de 2011:

“1.2 Derecho de la seguridad e indemnidad. Derecho a que los productos no causen daño en condiciones normales de uso y a la protección contra las consecuencias nocivas para la salud, la vida o la integridad de los consumidores”

El artículo 5 de la Ley 1480 de 2011 en el numeral 14 se refiere en las definiciones a la seguridad de los productos en los siguientes términos:

“14. Seguridad: Condición del producto conforme con la cual, en situaciones normales de utilización, teniendo en cuenta la duración, la información suministrada en los términos de la presente ley y si procede, la puesta en servicio, instalación y mantenimiento no presenta riesgos irrazonables para la salud o integridad de los consumidores. En caso de que el producto no cumpla con requisitos de seguridad establecidos en reglamentos técnicos o medidas sanitarias, se presumirá inseguro”.

En su origen, la obligación de seguridad nació una obligación accesoria a una principal que es de naturaleza contractual. El contrato de transporte fue indiscutiblemente, el punto de partida para su larga construcción jurisprudencial. Es así, como la situación del transportador se fue extendiendo vertiginosamente a empresarios que ofrecían actividades lúdicas y deportivas (actividades ecuestres, las denominadas ciudades de hierro, los deportes extremos; así como cuando el establecimiento acoge una clientela en una sala de espectáculos).

La obligación de seguridad decíamos que se ha extendido en forma notable, hasta el punto que puede afectar contratos en los que la ejecución pueda afectar al contratante o los bienes que a este se le confían, pero lo cierto es que dicha obligación de seguridad, varía mucho en cuanto a la fuerza y trasciende la división entre responsabilidad contractual y extracontractual, todo esto en la medida en que ha ido escapando a la simple relación contractual, porque el vendedor profesional debe responder ante cualquiera por ejemplo cuando se trata de productos defectuosos (el profesional le responde al público en general, lo que incluye consumidores y terceros que puedan ser eventuales víctimas)

4.3.1. La responsabilidad vinculada a la seguridad de los productos

El derecho del consumidor se ha preocupado mucho por garantizar la seguridad de los productos, hasta el punto de que, en sectores como los alimentos y la salud, se ha ido creando verdadera consciencia, a raíz de conocidos escándalos que se presentaron en Europa y repercutieron en América Latina (casos de los implantes mamarios y crisis sanitarias como las de las vacas locas). En términos generales podría decirse que consiste

en que el vendedor tiene una obligación contractual de entregar al consumidor productos exentos de todo vicio y de todo defecto de fabricación que naturalmente pueda crear un peligro para las personas o para los bienes.

El artículo 6 de la Ley 1480 de 2011, se ocupa de la calidad, idoneidad y seguridad de los productos, en los siguientes términos:

*“ARTÍCULO 6°. CALIDAD, IDONEIDAD Y SEGURIDAD DE LOS PRODUCTOS.
Todo productor debe asegurar la idoneidad y seguridad de los bienes y servicios que ofrezca o ponga en el mercado, así como la calidad ofrecida.
En ningún caso estas podrán ser inferiores o contravenir lo previsto en reglamentos técnicos y medidas sanitarias o fitosanitarias...”*

El defecto de seguridad debe existir desde que se introduce el producto en el mercado. Un producto se entiende introducido en el mercado cuando el productor se deshace del mismo, voluntariamente, porque lo ha colocado en el circuito de comercialización por lo que ha perdido la posesión material.⁸⁸

No obstante, la existencia de las normas que buscan que los productos y los servicios sean conforme a lo que esperan los consumidores, este resultado no siempre se obtiene, razón por la cual, hay que acudir a las normas de responsabilidad. Existe por ejemplo la posibilidad como ya vimos más atrás, que los productos sean objeto de fraude o falsificación, lo que generaría una sanción penal. Sin embargo, la responsabilidad de los productos por razones de seguridad es mas de carácter civil. Los profesionales han celebrado con frecuencia pólizas de seguro, razón por la cual, las acciones serán en muchas oportunidades intentadas contra las aseguradoras.

En un principio la responsabilidad por la obligación de seguridad seguía las reglas del derecho común. Así, cuando el producto había causado un daño al adquirente, era de naturaleza contractual; pero si había causado un daño a un tercero, era de naturaleza extracontractual. En la actualidad el vendedor tiene la obligación de seguridad a su cargo pues se persiguen los siguientes objetivos frente al consumidor: la justa repartición de los riesgos en una sociedad moderna caracterizada por un grado elevado de tecnicidad, la protección de la salud de los consumidores, la estimulación de la innovación, la obligación de seguridad constituye la garantía de una competencia leal que facilite los intercambios comerciales.

Como señala el documento “Protección al Consumidor en Colombia”⁸⁹, el mal uso de un producto por parte del consumidor es impredecible para el empresario, pero lo que en este caso se pretende evitar son los riesgos irracionales que resultan en razón de unas condiciones propias del producto:

“Se tiene entonces que un producto totalmente seguro es inexistente. Todos los productos del mercado implican un riesgo en su utilización. Sin embargo, hay riesgos que son irrazonables porque el consumidor ha hecho un mal uso del producto sin que este uso fuera previsible para el empresario y hay riesgos que resultan irrazonables en razón de unas condiciones propias del producto.

⁸⁸ PIEDELIEVRE, Stephane, *Droit de la Consommation*, Ed. Economica, p.465

⁸⁹ SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIÁ Y COMERCIO. *Protección al Consumidor en Colombia. Una aproximación desde las competencias de la Superintendencia de Industria y Comercio*. Bogotá. Págs. 85 y 86.

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia proporcionó una definición de producto defectuoso como aquel producto que “no ofrece la seguridad que legítimamente se espera de él, condición que, en consecuencia, se predica no por la falta de aptitud para el uso para el que fue adquirido, sino por no cumplir las condiciones de seguridad a que tiene derecho el público, excluyendo por supuesto, cualquier utilización abusiva. Vale decir, que se trata de un concepto que no guarda necesaria correspondencia con la noción de vicios de la cosa o ineptitud de ésta, o de ausencia de las calidades esperadas (...)”⁹⁰.

Antes de entrar a explicar en qué pueden consistir los defectos o errores del producto, o como se ha denominado previamente, las condiciones propias del producto, es necesario diferenciar el concepto de producto inseguro o defectuoso del producto nocivo o peligroso. Esta distinción resulta importante en la medida en que las reglas de responsabilidad y las obligaciones especialísimas para los empresarios, surgen con ocasión de los primeros.

La Corte Suprema en la sentencia apenas referida, continúa explicando que “no sobra advertir, en todo caso, que la seguridad que el consumidor puede legítimamente esperar no se concibe en términos absolutos; de ahí que nadie pueda anhelar que objetos ineludiblemente peligrosos (un arma, un raticida, algunas herramientas, etc.) que por su propia naturaleza comportan un riesgo y como tales son dados a conocer al público, tengan el grado de seguridad del que esencialmente carecen. La obligación de seguridad cuyo incumplimiento genera el deber indemnizatorio de que aquí se trata es aquella a la que razonablemente se puede aspirar, como consecuencia quedan excluidas las situaciones en las que el carácter riesgoso del producto es aceptado o conocido por el público y debería, pues, serlo también por la víctima”.⁹¹

El incumplimiento de las obligaciones de calidad, idoneidad y seguridad puede dar lugar a la responsabilidad solidaria del productor y proveedor por garantía ante los consumidores; a la responsabilidad administrativa individual ante las autoridades de supervisión y control en los términos de esta ley; y finalmente, a la responsabilidad por daños por producto defectuoso,⁹² en los términos de esta ley como establece el mismo artículo 6 de la Ley 1480 de 2011, cuyo parágrafo reza así:

“PARÁGRAFO. Para efectos de garantizar la calidad, idoneidad y seguridad de los productos y los bienes y servicios que se comercialicen, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, expedirá los Registros Sanitarios, de conformidad con las competencias establecidas en el artículo 245 de la Ley 100 de 1993, que ordena el control y la vigilancia sobre la calidad y seguridad de los mismos”

90 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de abril de 2009, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena, Ref: 258993193992199900629 01, p.36.

91 Ibídem. Pág. 37.

92 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de abril de 2009, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

4.3.2. Responsabilidad por daños por producto defectuoso

El título IV, capítulo único del Estatuto del Consumidor se refiere a la Responsabilidad por daños por producto defectuoso. El artículo 19 de la Ley 1480 de 2011 establece el deber de cualquier participante en la cadena de producción, distribución, y comercialización de tomar las medidas correctivas de manera oportuna y de avisar a las autoridades, cuando se presente el caso de un producto defectuoso que ha producido o puede producir un evento adverso que atente contra la salud, la vida o la seguridad de las personas, y en caso de que el obligado no lo haga, será responsable solidariamente con el productor por los daños que deriven del incumplimiento de esa obligación.

La importancia de los documentos relacionados por la Superintendencia de Industria y Comercio nos sugieren la necesidad de transcribir en tan importante y definitivo tema las resoluciones proferidas por este ente de control para prevenir los riesgos a que se enfrentan los consumidores en algunos casos, lo que hizo que se suspendiera inmediatamente la comercialización, producción y distribución de algunos productos, objeto de estas decisiones administrativas.

Las correspondientes decisiones administrativas cobran mayor importancia, si tenemos en cuenta que la acción judicial por daño por producto defectuoso, se encuentra asignada a la jurisdicción ordinaria y en consecuencia lo único que puede hacer en esta materia el ente de control es la labor preventiva, de la que dan cuenta las decisiones que más adelante se describen, y que aparecen publicadas en un documento digital de gran importancia que publicó la Superintendencia de Industria y Comercio denominado “Protección al Consumidor en Colombia”⁹³. Me permito transcribir, en extenso, el texto de manera literal:

“Por iniciativa de la Delegatura de Protección al Consumidor, se creó la Red Nacional de Consumo Seguro. Aunque esta Red no cuenta con una personería autónoma e independiente, a través de convenios de colaboración, la Superintendencia logró que el Ministerio de Salud, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos- INVIMA, el Distrito Capital con su línea de atención de emergencia NUSE, la Sociedad Colombiana de Pediatría y el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, empezaran a compartir información sobre accidentes de consumo para poder determinar si en esos accidentes había estado presente un producto y, a su vez, determinar si se trataba de un producto defectuoso que ameritara una acción inmediata.

Ahora, de acuerdo con el numeral 8 del artículo 59 del Estatuto del Consumidor, la Superintendencia podrá “emitir las órdenes necesarias para que se suspenda en forma inmediata y de manera preventiva la producción o la comercialización de productos hasta por un término de sesenta (60) días, prorrogables hasta por un término igual, mientras se surte la investigación correspondiente, cuando se tengan indicios graves de que el producto atenta contra la vida o la seguridad de los consumidores o de que no cumple el reglamento técnico”.

93 SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Protección al Consumidor en Colombia. Una aproximación desde las competencias de la Superintendencia de Industria y Comercio. Bogotá. Págs. 112 y ss.

De igual forma, el numeral 4 del artículo 61 del Estatuto del Consumidor señala que una de las sanciones que puede imponer la Superintendencia de Industria y Comercio previa investigación administrativa es “la prohibición temporal o definitiva de producir, distribuir u ofrecer al público determinados productos”. Señala también el numeral 5 del mismo artículo, que la Superintendencia podrá también ordenar como sanción, “la destrucción de un determinado producto, que sea perjudicial para la salud y la seguridad de los consumidores”.

Así las cosas, con la valiosa información sobre accidentes de consumo asociados a la utilización de productos que se recaba gracias a la colaboración y articulación de las autoridades que hacen parte de la Red Nacional de Consumo Seguro y a las facultades administrativas asignadas en el Estatuto del Consumidor, ante la falta de reacción del empresario aun conociendo el defecto del producto o ante su total desconocimiento de éste, la Superintendencia de Industria y Comercio realizará la evaluación del riesgo para determinar que el producto es defectuoso, ordenando las medidas a que haya lugar.

El caso más reciente ocurrió con los apuntadores láser. En noviembre de 2015, a través del Ministerio de Salud, se tuvo conocimiento de la ocurrencia de un accidente de consumo en donde un joven había sufrido graves lesiones en un ojo porque un amigo, mientras jugaba, había dirigido el haz de luz del apuntador laser en esta dirección.

Si bien los apuntadores láser que superan la potencia de 1 milivatio tienen estrictas restricciones de comercialización en países como Estados Unidos, Canadá, Francia, Suiza, Reino Unido, Nueva Zelanda, Grecia, Noruega y Australia por el riesgo que representan para los consumidores, en Colombia, este producto circulaba libremente y los agentes del mercado no habían informado o advertido adecuadamente a los consumidores sobre los riesgos a los que se exponían por la indebida utilización del producto. Adicionalmente, se pudo determinar mediante pruebas de laboratorio, que los apuntadores láser que se encontraban en el mercado indicaban en su rotulado potencias menores a las que realmente alcanzaban.

Por lo anterior, mediante Resolución 33767 de 2016, publicada en el Diario Oficial No. 49892 del 2 de junio de 2016, la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor ordenó de manera preventiva, mientras se surtía la investigación correspondiente, que se suspendiera inmediatamente la producción, comercialización y distribución de los apuntadores o punteros láser que tengan una potencia mayor o igual a 1 mW (milivatio), que no sean para la estricta utilización médica, científica, industrial o militar y estén destinados para el exclusivo manejo por parte de expertos y profesionales.

Surtida la investigación, mediante Resolución 57151 del 29 de agosto de 2016⁹⁴, publicada en Diario Oficial No. 49982 del 31 de agosto de 2016, la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor prohibió “de manera inmediata y definitiva la COMERCIALIZACIÓN Y TODA PUESTA A DISPOSICIÓN a los consumidores bajo cualquier modalidad (presencial, o a través de cualquier otro tipo de venta no tradicional o a distancia) del producto denominado: “APUNTADOR LÁSER con potencia de salida mayor o igual ($\geq$) a un (1) milivatio (mW)”, “PUNTERO LÁSER con potencia de salida mayor o igual ($\geq$) a un (1) milivatio (mW)”, “SEÑALIZADOR LÁSER con potencia de salida mayor o igual ($\geq$) a un (1) milivatio (mW)”, descrito en el numeral 8.1 de la parte motiva de esta resolución, con independencia de su marca y referencia, salvo que su utilización o destinación se circunscriba a fines médicos, científicos (comprendidas las actividades de astronomía), industriales o militares, y estén destinados para el exclusivo manejo por parte de expertos y profesionales, estableciendo que para la comercialización de estos productos deberá llevarse un registro por cada dispositivo vendido mediante el cual se identifique: (i) fabricante del producto (procedencia), (ii) proveedor del producto, (iii) potencia de salida expresada en milivatios (mW) y/o clase del producto de acuerdo a las clasificaciones de la FDA (I, IIa, II, IIIa, IIIb y IV) y del CEI (1, 1M, 2, 2M, 3R, 3B y 4), (iv) longitud de onda (expresada en nanómetros), (v) copia de la identificación del adquiriente del puntero, (vi) dirección del domicilio del adquiriente y (vii) copia del carnet o documento que acredite la destinación científica, industrial, médica o militar del producto”.

De igual forma, se precisa en la resolución “que mediante la presente orden no restringe el mercado de los productos con tecnología láser así como tampoco los destinados en espectáculos de entretenimiento de carácter público y/o privado, lo anterior, sin perjuicio de advertir que en estas hipótesis los dispositivos deben ser manipulados por personal que detente el conocimiento sobre las precauciones e instrucciones para su utilización así como de las consecuencias de las lesiones causadas por este dispositivo en los ojos y piel de los espectadores o de sí mismo. Si este dispositivo es utilizado profesionalmente, y sus haces de luz difractados son mayores o iguales ($\geq$) a un (1) milivatio (mW), la empresa o persona natural que preste este servicio deberá garantizar que el operador se encuentre presente y en control del dispositivo durante todo el tiempo que éste permanezca conectado al circuito eléctrico o que la luz láser esté encendida, a efectos de evitar que cualquiera de estos haces de luz impacten directamente al público”.

También se puede mencionar el noticioso caso de las mini gelatinas. En este evento, prestigiosos pediatras pusieron en conocimiento de la Superintendencia de Industria y Comercio la ocurrencia de varios accidentes de consumo en donde menores de edad habían visto afectada de manera seria su salud por haber ingerido este alimento.

Luego de realizar la respectiva evaluación del riesgo y de verificar que este producto se encontraba prohibido en otros países, mediante Resolución 79980 de 2015 se prohibió de manera inmediata y definitiva la “PRODUCCIÓN, IMPORTACIÓN, COMERCIALIZACIÓN Y TODA PUESTA A DISPOSICIÓN del producto denominado: “MINI GELATINA” “GEL SABORIZADO DE GELATINA” “GELATINA VARIEDAD CON FRUTA” “MINI GELATINA DE FRUTA” “MINI FRUITY GELS” “MINI FRUIT JELLY” ó “MINI FRUIT BITES”.

Dispuso la Superintendencia en la mencionada Resolución, que “ante la ineficacia de las advertencias existentes, y debido a que no existe información o alertas que sean capaces de mitigar el riesgo identificado por esta Dirección, la medida de control de mercado necesaria e idónea para mitigar el riesgo que representa el producto objeto de análisis es retirar el producto “MINI GELATINAS” del mercado, a fin de proteger la salud, la integridad física y la vida de los consumidores”.

Continúa explicándose en la Resolución que “luego de efectuar un pormenorizado estudio sobre los riesgos que entraña el producto, y de analizar de manera documentada y suficiente los accidentes de consumo relacionados con las MINI GELATINAS”, encuentra que la composición física del producto genera riesgos que no pueden ser mitigados con información o advertencias, lo que conduce a concluir que para mitigar tales riesgos resulta inexorable retirar el producto del mercado, el cual no podrá producirse, importarse, comercializarse, ni ponerse a disposición de los consumidores hasta tanto no se modifiquen las características físicas del mismo, tales como su tamaño, forma, consistencia, textura y modo de uso, pues dadas las características físicas que hoy tiene, los riesgos de que se concreten lesiones serias en la salud de los consumidores son sumamente altos”.

Así mismo, señala que en “la eventual comercialización de los geles saborizados tiene que realizarse de tal forma que no relacione las “MINI GELATINAS” con las gelatinas corrientes, las cuales tienen una composición y unas propiedades sumamente diferentes, cuya relación o asociación genera confusión y engaño a los consumidores que tienen profundas implicaciones en materia de seguridad, pues hacen pensar a consumidores medios que los geles saborizados pueden ser entregadas a menores, cuando estos son los consumidores más vulnerables frente al referido producto por no contar con las herramientas físicas necesarias para ejercer un mejor control de las “MINI GELATINAS” dentro de la cavidad oral, y por no tener las capacidades para poder reaccionar de mejor manera frente a un episodio de asfixia”.

De igual forma, se explica en la resolución que “los componentes químicos que se vayan a utilizar en este tipo de productos, no pueden contener aditivos que generen una alta insolubilidad del producto, aspecto que constituye, en cuanto a su composición química, uno de los elementos que representa mayores riesgos para la salud, pues conduce a que si el producto llega a pasar la boca para alojarse en la faringe, el mismo no pueda deshacerse de manera pronta, sino que queda intacto causando la asfixia”.

Señala la Superintendencia en el citado acto administrativo que “las anteriores consideraciones no constituyen una orden sobre el rediseño del producto, pues son los productores e importadores quienes se encuentran en mejores condiciones para efectuar la reingeniería más apropiada sobre las mercancías que introducen en el mercado. Por el contrario, se trata de una exposición de las consideraciones que tuvo en cuenta esta Dirección para prohibir este específico producto, en aras de advertir a los productores sobre los elementos que tornaron las “MINI GELATINAS” inseguras, con miras a que puedan hacer las variaciones y los ajustes que consideren pertinentes para eliminar de manera efectiva los riesgos identificados por esta autoridad”.

Además de las decisiones sobre los apuntadores láser y las mini gelatinas, que son el resultado de datos que se han obtenido acerca de accidentes de consumo que ocurrieron en Colombia, se pueden mencionar los siguientes casos.

Mediante Resolución 67541 del 1 de noviembre de 2012, la Superintendencia concluyó que en ciertos casos, las esferas acuáticas presentan riesgos irrazonables para la salud o integridad de los consumidores, porque su uso conlleva un riesgo potencial de asfixia, ahogamiento, lesiones a causa de golpes, afectaciones a la salud por falta de asepsia y, en los niños, episodios de conmoción, pánico y zozobra⁹⁵.

Frente a las máscaras de disfraces para niños, la Superintendencia, mediante Resolución 33 del 9 de enero de 2013, concluyó que el uso de este producto conlleva un riesgo potencial de asfixia, especialmente, cuando por su diseño se cubre enteramente la cabeza y el rostro, no cuenta con orificios que permitan ejecutar el proceso de respiración en forma natural, y tenga un tipo de ajuste o amarre que comprometa su retiro fácil en caso de necesitarse oxígeno por el usuario⁹⁶.

Por otra parte, tratándose de juguetes y baterías para juguetes, la Superintendencia prohibió, mediante 11638 del 20 de marzo de 2013, la producción, distribución y comercialización de todo juguete -incluido el control remoto con el que opere- que no cuente con un sistema de seguridad que restrinja a los niños el fácil acceso al compartimiento de las pilas o baterías. Las pilas o baterías conllevan un riesgo potencial de asfixia, lesiones internas por quemaduras químicas y muerte por envenenamiento tóxico⁹⁷.

Con relación a los vehículos cuatrimotos, mediante resolución 37886 del 25 de junio de 2013, la Superintendencia concluyó que los cuatrimotos que funcionan con combustible NO son un juguete. Por tanto, prohibió al comerciante investigado cualquier forma de publicidad o mecanismo de comercialización en la que se ofrezcan los vehículos cuatrimotos o mini-cuatrimotos como juguetes, sin excepción alguna e independiente de su diseño y dimensiones⁹⁸.

95 http://www.sic.gov.co/drupal/masive/datos/resoluciones_consumo_seguro/DEFINITIVA_ESFERAS.pdf

96 http://www.sic.gov.co/drupal/masive/datos/resoluciones_consumo_seguro/MASCARAS.pdf

97 <http://www.sic.gov.co/drupal/sites/default/files/normatividad/b178d619-258c-464e-854c-95b2f99a104a>

98 http://www.sic.gov.co/drupal/sites/default/files/files/R_%203788613%20ORDEN%20DEFINITIVA%20PARTICULAR%20CUATRIMOTOS.pdf

Igualmente, mediante Resolución 53956 del 10 de septiembre de 2013, la Superintendencia declaró que el producto “vela pirotécnica para uso con fines de diversión / vela pirotécnica” y aquellos artículos de similares características, independientemente de la forma como se denominen en el mercado y de que se verifique o no en su contenido la presencia de pólvora, SON PRODUCTOS PIROTÉCNICOS. En consecuencia, su uso, almacenamiento y transporte, se encuentra regulado por normas especiales toda vez que conlleva un riesgo de quemaduras corporales e incendio. Del mismo modo y dependiendo del producto, la migración de elementos pesados hace de estas velas un producto tóxico⁹⁹.

De igual forma, mediante resolución 38973 del 28 de junio de 2013, la Superintendencia prohibió la comercialización u ofrecimiento al público en general, de toda “cortina” y “persiana” de uso doméstico en la que se utilicen, entre otros, cordones, cordeles, cuerdas y cadenas de accionamiento como “tipo de ajuste” y NO cuenten con un dispositivo de seguridad que evite que el sobrante del elemento de atar -cualquiera que este sea- cuelgue libremente al alcance de los niños en forma de circunferencia, bucle o anillo. Este dispositivo de seguridad se ordenó para mitigar el riesgo de estrangulamiento asociado a las cuerdas que cuelgan libremente en las cortinas¹⁰⁰.

Ahora bien, si un empresario desatiende estas órdenes generales en materia de seguridad de producto, podrá ser investigado y sancionado atendiendo lo dispuesto en el artículo 61 del Estatuto del Consumidor.

Para concluir y sin pretender agotar de forma exhaustiva los incalculables matices que presenta este tema, como se mencionó líneas atrás, además de los deberes que tiene el empresario frente a la seguridad de los productos que pone en circulación en el mercado, es necesario preguntarse qué puede hacer el consumidor al que un producto defectuoso le ha ocasionado un daño en su vida, su salud e integridad o que incluso le haya ocasionado daños materiales que mermen su patrimonio.

El legislador, en numeral 2 del artículo 56 del Estatuto del Consumidor, dentro de las acciones jurisdiccionales de protección al consumidor dispuso que una de ellas es la de responsabilidad por daño por producto defectuoso, que se adelantará exclusivamente ante la jurisdicción ordinaria.

El artículo 20 del Estatuto del Consumidor dispone que “el productor y el expendedor serán solidariamente responsables de los daños causados por los defectos de sus productos, sin perjuicio de las acciones de repetición a que haya lugar (...). Como daño se entienden los siguientes: 1. Muerte o lesiones corporales, causadas por el producto defectuoso; 2. Los producidos a una cosa diferente al producto defectuoso, causados por el producto defectuoso. Lo anterior sin perjuicio de que el perjudicado pueda reclamar otro tipo de indemnizaciones de acuerdo con la ley”.

99 http://www.sic.gov.co/drupal/masive/datos/resoluciones_consumo_seguro/Resolucion_53956_FONDO.pdf

100 http://www.sic.gov.co/drupal/sites/default/files/files/R_%203897313%20ORDEN%20DEFINITIVA%20CORTINAS%20Y%20PERSIANAS.pdf

Se distinguen tres elementos principales en el artículo anteriormente transcrito: un daño, un hecho generador del daño y un nexo de causalidad entre uno y otro. Estos tres elementos indican que estamos en presencia de un tipo de responsabilidad de los empresarios por los daños causados por sus productos, que como ya se dijo, supera la responsabilidad por la garantía asociada a la calidad de los productos.

Este tipo de responsabilidad civil pareciera superar los regímenes tradicionales de la responsabilidad civil contractual o extracontractual, donde la intencionalidad del victimario es un aspecto que debe ser probado en el curso del proceso.

La responsabilidad por producto defectuoso, desarrollada por el legislador en el Título IV del Estatuto del Consumidor, parece desarrollar una responsabilidad de empresa con la estructura de una responsabilidad eminentemente objetiva, en donde el consumidor-víctima del defecto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 21 del Estatuto, deberá demostrar el defecto del bien, la existencia del daño y el nexo causal entre este y aquel, sin que tenga que demostrar la intencionalidad del agente de la cadena de comercialización.

Aun cuando pareciera que el consumidor se encuentra en una posición privilegiada porque no tiene que entrar a demostrar la intencionalidad con la que actuó el empresario victimario, este esquema de responsabilidad resulta a todas luces gravoso para el consumidor porque es él quien debe demostrar la existencia del defecto y como se explicó líneas atrás, la configuración de un defecto de fabricación, diseño, construcción, embalaje o advertencia es un asunto técnico que difícilmente podrá probar un consumidor promedio.

En el ejemplo de la lavadora que explota, antes mencionado, el consumidor tendría que demostrar que el corto circuito ocurre porque una pieza se encuentra mal ensamblada en un determinado lote de lavadoras. Sin duda, la carga probatoria resulta desequilibrada y no pro-consumidor”.

Cuando se trata de responsabilidad por daños por producto defectuoso la jurisdicción ordinaria define el defecto de manera objetiva: la ausencia de seguridad que se puede legítimamente esperar, teniendo en cuenta las circunstancias (presentación, uso), desde el momento en que el producto se introduce en el circuito de comercialización.

No se trata ni de un defecto de calidad, ni la ineptitud para el uso convenido, lo que es diferente del vicio oculto o del defecto de conformidad. El calificativo de defectuoso puede hacer creer que se trata de un defecto del producto, es decir un vicio de este último. En efecto, el producto puede tener un vicio de fabricación, pero en este caso, lo que debe apreciarse es el **defecto de seguridad**.

En consecuencia, cuando se trata de responsabilidad por productos defectuosos, el producto no solo es defectuoso porque el peligro proviene de un vicio de fabricación o de producción, sino que cuando a pesar de no presentar ningún vicio, el producto es presentado de tal manera que no ofrece la seguridad que se esperaba del mismo” Se

trata de una apreciación en abstracto de lo que podría esperar una persona razonable, es decir como un buen padre de familia moderno, porque lo que se trata de evitar es que se presenten riesgos excesivos o anormales de daño al utilizador específico de acuerdo al determinado producto.¹⁰¹

La alerta que el productor debe dar es solo porque el producto tiene una seguridad inferior a la que el utilizador debería esperar. Incluso si se han dado informaciones explícitas. Malaurie en su tratado de obligaciones, cita un caso donde la Sala de Casación Civil de Francia condeno. Se trataba de un productor francés de un producto bretón (región de Bretania-francesa), quien menciona que el producto podía ocasionar: “*riesgos de alergias, enrojecimiento, y piquiña desde su aplicación y aconsejo ponerse guantes y anteojos*”¹⁰² mientras que realmente el contacto prolongado con la piel ocasionaba lesiones graves”

Es más, es posible que un producto pueda ser peligroso y haber causado daños, incluso sin ser defectuoso.

ARTÍCULO 19. DEBER DE INFORMACIÓN. Cuando un miembro de la cadena de producción, distribución y comercialización, tenga conocimiento de que al menos un producto fabricado, importado o comercializado por él, tiene un defecto que ha producido o puede producir un evento adverso que atente contra la salud, la vida o la seguridad de las personas, deberá tomar las medidas correctivas frente a los productos no despachados y los puestos en circulación, y deberá informar el hecho dentro de los tres (3) días calendario siguientes a la autoridad que determine el Gobierno Nacional.

PARÁGRAFO. Sin perjuicio de las responsabilidades administrativas individuales que se establezcan sobre el particular, en caso de que el obligado no cumpla con lo previsto en este artículo, será responsable solidariamente con el productor por los daños que se deriven del incumplimiento de esa obligación.

El productor y el expendedor son solidariamente responsable de los daños causados por los defectos en el producto, en forma independiente de que sea de buena o de mala fe, porque se trata de una responsabilidad objetiva. La primera condición es que el producto haya sido introducido en el circuito económico, y no simplemente fabricado o producido. El responsable es el productor que coloca por primera vez el producto en el mercado, así que todo profesional que no siendo el productor coloca sobre el producto su nombre, su marca, u otro signo distintivo.

ARTÍCULO 20. RESPONSABILIDAD POR DAÑO POR PRODUCTO DEFECTUOSO.
El productor y el expendedor serán solidariamente responsables de los daños causados por los defectos de sus productos, sin perjuicio de las acciones de repetición a que haya lugar. Para efectos de este artículo, cuando no se indique expresamente quién es el productor, se presumirá como tal quien coloque su nombre, marca o cualquier otro signo o distintivo en el producto.

¹⁰¹ Resolución 79980 de 2015, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante la cual se prohibieron de manera inmediata y definitiva la Producción, Importación, Comercialización y toda puesta a disposición del producto denominado “mini Gelatina”, luego de efectuar un pormenorizado estudio sobre los riesgos entraña el producto.

¹⁰² MALAURIE, Philippe et AYNES Laurent, Les Obligations, Ed. Defrenois, 4eme Edition, 2009.pág 169.

Como daño, se entienden los siguientes:

1. Muerte o lesiones corporales, causadas por el producto defectuoso;
2. Los producidos a una cosa diferente al producto defectuoso, causados por el producto defectuoso.

Lo anterior, sin perjuicio de que el perjudicado pueda reclamar otro tipo de indemnizaciones de acuerdo con la ley.

La víctima debe probar solamente el daño, el defecto del producto y el nexo causal entre el defecto del producto y el daño. Aquí hay que observar que estas disposiciones superan la noción de consumidor y utilizan una expresión más amplia que es la de perjudicado, lo que implica que el perjudicado puede ser una persona física que obre como profano o como profesional, y también el consumidor o un simple utilizador. Poco importa que sea un consumidor o un profesional quien sufra el daño, a diferencia de lo que sucede en las cláusulas abusivas, donde la protección es exclusivamente para el consumidor. Así el utilizador profesional de un producto defectuoso podrá beneficiarse, de la misma manera que lo hace un consumidor.

ARTÍCULO 21. DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS POR PRODUCTO DEFECTUOSO. Para determinar la responsabilidad, el afectado deberá demostrar el defecto del bien, la existencia del daño y el nexo causal entre este y aquel.

PARÁGRAFO. Cuando se viole una medida sanitaria o fitosanitaria, o un reglamento técnico, se presumirá el defecto del bien.

Es distinta la lógica que trae el Estatuto del Consumidor frente a la responsabilidad por productos, a la que aporta el tema de la responsabilidad por productos defectuosos, que se refiere a la responsabilidad por el hecho personal, por el hecho de otro, y por el hecho de las cosas.

El productor puede exonerarse de varias maneras, pero la prueba de las circunstancias que le permitirían desprenderse de toda responsabilidad se encuentra a su cargo. El productor puede por ejemplo demostrar que el daño no fue producido por el defecto del producto, sino por la intervención del tercero.

Si el producto no se ha puesto en circulación, el productor no será responsable; lo mismo sucederá si el defecto no existía al momento de colocarse en circulación el producto o si aparece posteriormente, la solución será idéntica.

Si el defecto se debe a la conformidad del producto a las normas expedidas por los poderes públicos (hecho del príncipe), el productor podrá ser exonerado. Puede suceder que exista un defecto al momento de colocar en circulación el producto, pero imperceptible y no susceptible de ser conocido por el productor, teniendo en cuenta el estado de la ciencia y la tecnología al momento en que el producto fue puesto en circulación (riesgo de desarrollo).

ARTÍCULO 22. EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS POR PRODUCTO DEFECTUOSO. Solo son admisibles como causales de exoneración de la responsabilidad por daños por producto defectuoso las siguientes:

- 1. Por fuerza mayor o caso fortuito;*
- 2. Cuando los daños ocurran por culpa exclusiva del afectado;*
- 3. Por hecho de un tercero;*
- 4. Cuando no haya puesto el producto en circulación;*
- 5. Cuando el defecto es consecuencia directa de la elaboración, rotulación o empaquetamiento del producto conforme a normas imperativas existentes, sin que el defecto pudiera ser evitado por el productor sin violar dicha norma;*
- 6. Cuando en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto. Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 19 de la presente ley.*

PARÁGRAFO. Cuando haya concurrencia de causas en la producción del daño, la responsabilidad del productor podrá disminuirse.

El profesional no puede exonerarse a través de cláusulas que descarten o disminuyan su responsabilidad por productos defectuosos, ya que son nulas de pleno derecho según el artículo 43 numeral 1, que establece:

“ARTÍCULO 43. CLÁUSULAS ABUSIVAS INEFICACES DE PLENO DERECHO. Son ineficaces de pleno derecho las cláusulas que:

Limiten la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley les corresponden”.

4.4. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS PROPIAS DEL DERECHO DEL CONSUMO Y DE SU JURISPRUDENCIA EN FAVOR DEL CONSUMIDOR

4.4.1. La flexibilización de ciertos principios

4.1.1.1. Principio de la fuerza obligatoria de los contratos

La ejecución del contrato de consumo se caracteriza por el grupo de atentados a lo que se ha denominado el principio de la fuerza obligatoria de los contratos. Por una parte, se incrementa la exigencia en el principio de la buena fe (porque se concibe de manera unilateral y en la obligación de cooperación); y, por otra parte, existen ciertos casos donde el profesional en la ejecución contractual tiene ciertas obligaciones en materia de ejecución del tiempo contractual (Reembolso expedito, derecho a resolución, y derecho a resciliación en contratos que consagran la reconducción tacita)

4.4.1.2. Principio del efecto relativo de los contratos

Como señala Malaurie y Aynes durante *“un tiempo la corte de casación había decidido que ciertas víctimas pudieran ejercer la responsabilidad contractual en contra de un tercero con el cual estas no habían directamente contratado. Era suficiente en primer lugar que la falta que se le reprochaba al demandado consistiera en la inejecución de un contrato y que el daño que reclamaba el demandante resultara de la violación de un contrato en el cual el hacía parte; y en segundo lugar que los dos contratos fueran parte de un grupo de contratos cuya presencia justificara esta acción directa”*¹⁰³.

Según señalan los autores mencionados la Sala Plena de Corte de Casación Francesa cambio de parecer, y puso término a esta jurisprudencia señalando que no existía acción de responsabilidad contractual entre personas que no estuvieran contractualmente vinculadas.

Esta teoría muy favorable a las víctimas ha sido restablecida desde el punto de vista legislativo en algunos estatutos del consumidor y procede en los conjuntos de contratos y cadenas de contratos o contratos sucesivos. A este respecto puede consultarse el artículo “los grupos de contratos en el derecho francés publicado en la obra Política y derecho del consumo donde se hacen análisis detallado de las razones que justificarían en materia de derecho del consumidor una excepción al efecto relativo de los contratos, tratándose de que los mismos en algunos casos se sirven recíprocamente de causa, por lo que son interdependientes. En aquella ocasión planteé la noción de grupos de contratos y la naturaleza de la responsabilidad, en los siguientes términos:

“La noción de grupos de contratos es reciente y heterogénea. La economía moderna mezclada con múltiples factores sociales genera esquemas contractuales complejos impuestos por la dificultad de las operaciones, la especialización de los agentes económicos y la circulación de los bienes. Ahora bien, en el interior de estos grupos, el incumplimiento de uno de los contratos repercute con frecuencia en la ejecución de los demás contratos y causa así un perjuicio a otras “partes” del grupo de contratos que, sin embargo, son terceros respecto al contrato no ejecutado”¹⁰⁴.

¹⁰³ MALAURIE, Philippe et AYNES Laurent, Les Obligations, Ed. Defrenois, 4eme Edition, 2009, pág. 417.

¹⁰⁴ VELILLA MORENO, Marco Antonio. Política y derecho del consumo. Bibliotheca Millennio, Colección derecho económico y de los negocios, Editorial Navegante, Bogotá, 1998. pág. 327 y ss.

4.2. NOVEDADES LEGALES Y JURISPRUDENCIALES DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR

El reforzamiento del principio de la buena fe se aplica tanto en materia de la formación del contrato de consumo como de su ejecución. Ella se desarrolla por ejemplo en torno a las obligaciones precontractuales de información. La buena fe como anota el profesor Picod, es susceptible de jugar un papel “federativo” en derecho del consumo, aunque se pregunta si este razonamiento no nos conduce más al termino de lealtad que al de buena fe. El autor señala que el denominado desequilibrio significativo que se presenta cuando se incluyen cláusulas abusivas, da testimonio de lo anterior.¹⁰⁵

La exigencia de **la buena fe en materia de ejecución** no varía mucho con respecto al derecho común de los contratos. En el derecho del consumidor la buena fe tiende a aligerar las obligaciones del consumidor y a la agravación de las obligaciones de las del profesional. Serian de mala fe y por eso están contempladas como cláusula abusivas por el artículo 43 en varios numerales, y sancionadas por la ineficacia de pleno derecho, aquellas cláusulas que impliquen renuncia a los derechos que por ley le corresponden al consumidor; inviertan la carga de la prueba en contra del consumidor; trasladen al consumidor, o a un tercero que no es parte del contrato, la responsabilidad del productor o proveedor; que establezcan que el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado; vinculen al consumidor al contrato aun cuando el productor o proveedor no cumpla sus obligaciones; concedan al productor o proveedor la facultad de determinar unilateralmente si el objeto y la ejecución del contrato se ajusta a lo estipulado en el mismo; entre otras.

Derecho de arrepentimiento o de retractación. A veces la ley impone un lapso de tiempo para que el contrato se perfeccione; bajo la creencia que el transcurso de dicho lapso de tiempo aportara la lucidez, espontaneidad, o un consejo de otro, por ejemplo, de la familia. Es lo que los anglosajones denominan la *cooling-off period*, es decir el periodo de tiempo permitiendo al consumidor que ha comprado sin reflexión. Durante ese plazo, todo giro de dinero a título de pago o de garantía está prohibido o reglamentado.

Esta temporalización en la formación del contrato puede presentarse de dos maneras. Sea imponiendo un plazo de reflexión previo a la conclusión del contrato, sea otorgándole al consumidor un plazo de retractación después de concluido el contrato.¹⁰⁶ El estatuto del consumidor busca en estos casos, protegerlo contra sus propios impulsos y contra las estrategias de seducción publicitaria.

En algunos casos, se le permite al consumidor arrepentirse discrecionalmente, después de haber celebrado ciertos contratos, cuando llega a la conclusión, que concluyo un mal negocio y que no debe proseguir, la operación correspondiente. El artículo 47 de la Ley 1480 de 2011 en su encabezamiento, se refiere a que son los casos de todos los contratos:

“para la venta de bienes y prestación de servicios mediante el sistema de financiación otorgada por el productor o proveedor, venta de tiempos compartidos o ventas que utilizan métodos no tradicionales o a distancia, que por su naturaleza no deban consumirse o no hayan comenzado a ejecutarse antes de cinco (5) días...”

¹⁰⁵ PICOD, Yves, *Droit de la Consommation*, 2 Edition, Sirey Universite, 2010, pág. 209.

¹⁰⁶ MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, *Les Obligations*, Ed. Defrenois, 4eme Edition, 2009.p 169

Respecto a este derecho de retractación algunos exigen desde el derecho clásico que se dé una normalización del ejercicio del derecho de retractación porque en su opinión premian la mala fe y la inconstancia; pero otros autores, más propensos a las corrientes renovadoras del derecho del consumidor, sostienen que parece preferible el brindarle una indemnidad completa al consumidor, en tanto que el mismo debe privilegiar la dimensión de derecho colectivo, y por eso mismo una visión que haga más efectiva la protección de los derechos, sobre una consideración simplemente teórica.

Esto no quiere decir que el consumidor se encuentre dispensado de observar buena fe en los contratos de consumo, por ejemplo, cuando no suministra informaciones al profesional sobre su situación patrimonial o profesional y familiar que pueda colocarlo en posibilidades de incumplir, y por ejemplo que rechace colaborar con el profesional en la ejecución de sus obligaciones. El artículo 3° de la Ley 1480 de 2011 consagra entre los deberes del consumidor el deber de: *“2.2 Obrar de buena fe frente a los productores y proveedores, y frente a las autoridades públicas”*.¹⁰⁷

Es apenas lógico que la buena fe se inscribe por naturaleza en cierta reciprocidad. El profesional que le impone cláusulas resolutorias de pleno derecho a un consumidor, en los contratos o incluso a un arrendatario, tampoco está observando su deber de buena fe como lo ha considerado la doctrina europea. Se estableció por ejemplo en los contratos a distancia, que el profesional debe reembolsar todas las sumas pagadas al consumidor cuando este ejerce el derecho de retracto, dentro de los 30 días calendario siguientes, desde el momento en que ejerció el derecho; pero el mismo artículo 47 del Estatuto, no trae sin embargo ninguna indicación con relación a la buena fe del consumidor, aunque es apenas razonable, que no se puede dudar que este lo debe efectuar con la misma diligencia que se le exige al profesional, porque lo contrario autorizaría o legitimaría, la mala fe del consumidor.

Obligación de cooperación. Relativo a la buena fe, la jurisprudencia ha consagrado la obligación de cooperación, la que, por supuesto se encuentra íntimamente relacionada con la obligación de información, y que de conformidad con la naturaleza del contrato (imbricación de intereses) y del objeto de la obligación (Técnica, peligrosidad de las prestaciones) es que justifica que el juzgador se inmiscuya en favor de la parte débil, para otorgarle una mayor protección, agravando la obligación de cooperación del profesional.

De una manera general, el profesional está obligado a instruir al consumidor, y a todo acreedor no experto, que lo considere útil. Pero los profesionales, si es muy claro, que deben advertir a los consumidores de acuerdo con las investigaciones y estudios previos que hayan realizado, de todos los riesgos que corre con la utilización de un producto o de la ejecución de un servicio. Si bien el artículo 3 de la Ley 1480 de 2011 en la numeral señala como deber de los consumidores en el 2.1.:

“Informarse respecto de la calidad de los productos, así como de las instrucciones que suministre el productor o proveedor en relación con su adecuado uso o consumo, conservación e instalación”; el artículo 6° del Título II, acerca de la calidad, idoneidad y seguridad de los productos, establece que “todo productor debe asegurar la idoneidad y seguridad de los bienes y servicios que ofrezca o ponga en el mercado, así como la calidad ofrecida...”

Por su parte el artículo 19 de la Ley 1480 de 2011 relativo al deber de información en el caso de los productos defectuosos, señala que:

“Cuando un miembro de la cadena de producción, distribución y comercialización, tenga conocimiento de que al menos un producto fabricado, importado o comercializado por él, tiene un defecto que ha producido o puede producir un evento adverso que atente contra la salud, la vida o la seguridad de las personas, deberá tomar las medidas correctivas frente a los productos no despachados y los puestos en circulación, y deberá informar el hecho dentro de los tres (3) días calendario siguientes a la autoridad que determine el Gobierno Nacional”.

El profesional debe contribuir aportando los detalles técnicos de la operación al consumidor, e incluso en la jurisprudencia europea, de colaborar con que el consumidor tenga la posibilidad de utilizar las mejores tarifas con respecto a un servicio determinado. de consejo, que aparece más allá de la obligación de simple cooperación.

Obligación de consejo. La objetividad de la instrucción no es suficiente desde el punto de vista de la obligación de cooperación para satisfacer al acreedor de la misma. El profesional debe tener las investigaciones adecuadas para instruirse e instruir al consumidor, quien ha depositado toda su confianza en él. Aquí ya comenzamos a ingresar a la obligación de consejo. La obligación de información del profesional se encuentra acompañada con un deber de consejo. Teóricamente el vendedor además de la relación de los hechos debe destacar las consecuencias y la conveniencia de celebrar el contrato desde el punto de vista técnico y pecuniario, lo que implica una orientación. La obligación de consejo ha sido impuesta por la jurisprudencia a numerosos profesionales como los corredores y comisionistas, los agentes inmobiliarios, los banqueros, los vendedores de aparatos informáticos o de conjuntos de bienes que sean complejos.

Existen ciertos casos donde el profesional en la ejecución contractual tiene ciertas obligaciones en materia de ejecución del tiempo contractual (Reembolso expedito, derecho a resolución, y derecho a resciliación en contratos que consagran la reconducción tacita).

Reembolso expedito. El artículo 47 de la Ley 1480 de 2011, tantas veces mencionado, sobre el retracto de que puede hacer uso el consumidor en la parte final del artículo, un derecho a que obtenga un reembolso ágil, en los siguientes términos:

“el proveedor deberá devolverle en dinero al consumidor todas las sumas pagadas sin que proceda a hacer descuentos o retenciones por concepto alguno. En todo caso la devolución del dinero no podrá exceder de treinta (30) días calendario desde el momento en que ejerció el derecho”

Derecho a la resolución del contrato por parte del Consumidor. Mientras en el derecho privado tradicional han podido existir cláusulas que tengan por objeto impedir que las partes demanden la resolución anticipada del contrato, tratándose de derecho del consumidor, el artículo 42 de la Ley 1480 de 2011, en el numeral 8 se contempla como una cláusula abusiva que es ineficaz de pleno derecho, y está prohibida toda aquella en la que *“Impidan al consumidor resolver el contrato en caso de que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor, salvo en el caso del arrendamiento financiero”*. Esta cláusula es ineficaz de pleno derecho y en consecuencia el consumidor puede acudir directamente donde el profesional para solicitar dicha resolución del contrato.

De la misma manera, tratándose de consumidores que adquieran en el comercio electrónico un producto o servicio, el artículo 49 ordinal h) de la Ley 1480 de 2011, señala que si el proveedor no ha entregado el pedido en el término de 30 días calendario, o cuando no se encuentre para ese momento disponible el producto objeto requerido, el consumidor podrá optar entre resolver o terminar, según el caso, el contrato unilateralmente y obtener la devolución de todas las sumas pagadas sin que haya lugar a retención o descuento alguno.

En la retractación está consagrada la posibilidad de resolver o de dar por terminado el contrato de la siguiente manera en dicho artículo.

ARTÍCULO 50. Sin perjuicio de las demás obligaciones establecidas en la presente ley, los proveedores y expendedores ubicados en el territorio nacional que ofrezcan productos utilizando medios electrónicos, deberán:

“h) Salvo pacto en contrario, el proveedor deberá haber entregado el pedido a más tardar en el plazo de treinta (30) días calendario a partir del día siguiente a aquel en que el consumidor le haya comunicado su pedido.

En caso de no encontrarse disponible el producto objeto del pedido, el consumidor deberá ser informado de esta falta de disponibilidad de forma inmediata.

En caso de que la entrega del pedido supere los treinta (30) días calendario o que no haya disponible el producto adquirido, el consumidor podrá resolver o terminar, según el caso, el contrato unilateralmente y obtener la devolución de todas las sumas pagadas sin que haya lugar a retención o descuento alguno. La devolución deberá hacerse efectiva en un plazo máximo de treinta (30) días calendario”

Resciliación en casos de tacita reconducción. La resciliación se aplica en este caso y en forma principal, cuando se pretenden incluir dentro del contrato por parte del profesional, aquellas cláusulas que prohíban al consumidor la resciliación del contrato cuando hay contratos que se renuevan automáticamente. El artículo 42 de la Ley 1480 de 2011 en el numeral 14, establece que son cláusulas abusivas que se entienden ineficaces de pleno derecho, las

“Cláusulas de renovación automática que impidan al consumidor dar por terminado el contrato en cualquier momento o que imponga sanciones por la terminación anticipada, a excepción de lo contemplado en el artículo 41...”

Esta cláusula de tacita reconducción, ha sido tradicionalmente utilizada como cláusula de estilo en diferentes clases de contratos como son los de prestación de servicios, tales como contratos de mantenimiento, suscripción a ciertas publicaciones, el contrato de seguros, entre otros. En tales casos se consagra en los contratos un plazo para que el profesional avise al consumidor que está próximo a vencerse el término por si este quiere renovar el contrato por un tiempo equivalente.

BIBLIOGRAFÍA

- » GARCIA VICENTE, José Ramón, La contratación con Consumidores, Tratado de Contratos, Tomo II, Editorial Tirant o Blanch.
- » MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, Les Obligations, Ed. Defrenois, 4eme Edition, 2009.
- » PICOD, Yves, Droit de la Consommation, 2 Edition, Sirey Universite, 2010.
- » PIEDELIEVRE, Stephane, Droit de la Consommation, Ed. Económica.
- »
- » VELILLA MORENO, Marco Antonio. Política y derecho del consumo. Bibliotheca Millennium, Colección derecho económico y de los negocios, Editorial Navegante, Bogotá, 1998.

TEXTOS NORMATIVOS

- » Ley 1480 de 2011 “Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones.”
- » Decreto 3466 de 1982, “por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones”.
- »
- » Decreto 1074 de 26 de mayo de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo.”

JURISPRUDENCIA

- » Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera. Sentencia del 15 de mayo de 2014. Radicación número: 25000 23 24 000 2010 00609 01(AP). M.P. Guillermo Vargas Ayala.
- » Consejo de Estado. Expediente 6807. Sentencia del 25 octubre de 2001
- » Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 2088-00041 /43357 del 18 de mayo de 2017. M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas
- » Corte Constitucional - Sentencia C-1141 de 2000 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- » Corte Constitucional- C-973 de 2002. M.P. Álvaro Tafos Galvis.

- » Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de abril de 2009, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena, Ref: 258993193992199900629 01.
- » Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de abril de 2009, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.
- » Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de agosto de 2009. Exp. 1100131030092000-09578-01.
- » Tribunal Superior de Bogotá-Sala Séptima de la Decisión Civil. M.P. Oscar Fernando Vaya Peña. Radicado: 2008-44993-01 del 21 de mayo de 2014.
- » Tribunal Superior del Distrito de Villavicencio – Sala Civil. 14 de diciembre de 2015. M.P. Guillermo Zuluaga Giraldo. Radicado: 2013-00178-00.

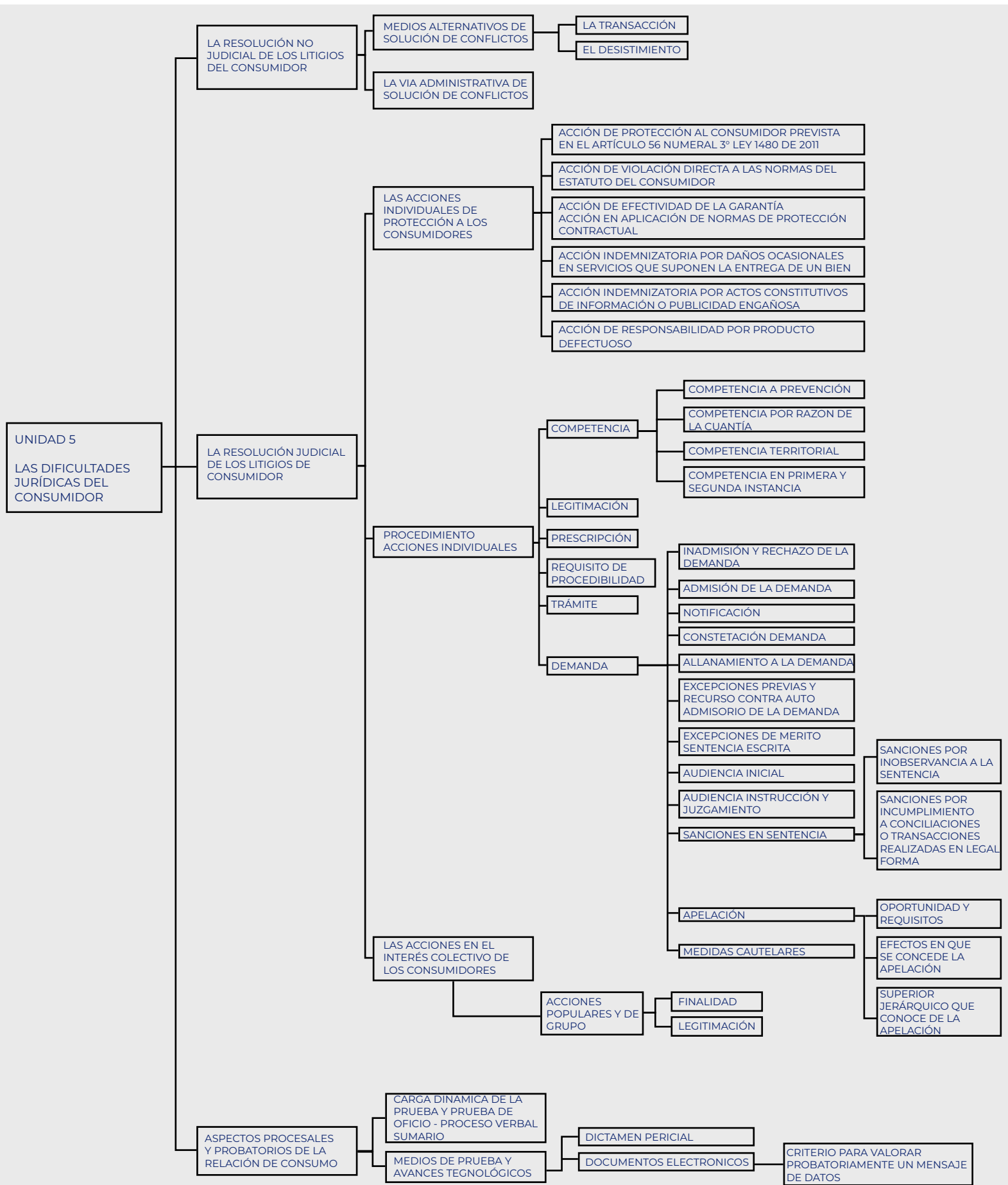
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

- » Resolución 79980 de 2015 “Por la cual se levanta la medida preventiva impuesta mediante Resolución número 35240 del 7 de julio de 2015, y se adoptan medidas definitivas para evitar que el producto denominado “Mini Gelatinas” cause daño o perjuicio a los consumidores.”
- » SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Protección al Consumidor en Colombia. Una aproximación desde las competencias de la Superintendencia de Industria y Comercio. Bogotá.

PAGINAS WEB

- » http://www.sic.gov.co/drupal/recursos_user/documentos/normatividad/Resoluciones/2016/Resolucion_57151_2016.pdf
- » http://www.sic.gov.co/drupal/masive/datos/resoluciones_consumo_seguro/DEFINITIVA_ESFERAS.pdf
- » http://www.sic.gov.co/drupal/masive/datos/resoluciones_consumo_seguro/MASCARAS.pdf
- » <http://www.sic.gov.co/drupal/sites/default/files/normatividad/b178d619-258c-464e-854c-95b2f99a104a>
- » http://www.sic.gov.co/drupal/sites/default/files/files/R_%203788613%20ORDEN%20DEFINITIVA%20 PARTICULAR%20CUATRIMOTOS.pdf
- » http://www.sic.gov.co/drupal/masive/datos/resoluciones_consumo_seguro/Resolucion_53956_FONDO.pdf
- » http://www.sic.gov.co/drupal/sites/default/files/files/R_%203897313%20ORDEN%20DEFINITIVA%20 CORTINAS%20Y%20PERSIANAS.pdf

UNIDAD 5



LAS DIFICULTADES JURÍDICAS DEL CONSUMIDOR

Og	Objetivo general de la unidad • Enumerar y exponer las diferentes formas de resolución no judicial de los litigios del consumidor a disposición del mismo. • Enumera las acciones individuales de protección a los consumidores, así como aquellos que ya tengan connotaciones de derechos colectivos de los mismos presentando algunas características consustanciales al derecho del consumidor desde el punto de vista procesal y probatorio.
Oe	Objetivo específico de la unidad Identificar las discrepancias entre las diferentes acciones administrativas y judiciales de protección al consumidor, para tener claridad en cuanto a sus características e identidad propias y sus diferencias derivadas de una relación fundada en el equilibrio contractual, que les permita a los discentes la adopción de decisiones judiciales respetuosas del debido proceso principio de legalidad.

El consumidor como cualquier usuario de la justicia, tiene la posibilidad de interponer una serie de acciones administrativas y judiciales, con el fin de hacer respetar sus derechos, y proponer los medios de defensa que considere pertinentes, frente al profesional que lo obligue a esto. Sin embargo, el consumidor tiende a sentirse impotente frente a los profesionales, quienes, con frecuencia, están muy bien asesorados jurídicamente. Otro factor es el obstáculo financiero, y aquí es necesario hacer un gran reconocimiento a la Superintendencia de Industria y Comercio por su encomiable tarea, de las últimas décadas, en la difusión de las disciplinas correspondientes al derecho del mercado (propiedad industrial, competencia, consumidor) y de la metrología legal que por Decreto 1595 de 2015 está asignada dicha Superintendencia.

Su labor en materia también de promover y acompañar la expedición de la Ley 1480 de 2011, tiene un significado muy trascendente para nuestro país, al dar cuenta en este Estatuto, de una serie de aportes que se habían presentado a la teoría general de las

obligaciones y de los contratos, como consecuencia, de las nuevas realidades y desafíos de los productos y servicios que se producen en la sociedad contemporánea. La literatura jurídica que ha producido¹⁰⁸

La demanda debe cumplir con los requisitos previstos en el 58 de la Ley 1480 de 2011 en armonía con el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil. El proceso, que es de tipo verbal sumario, se rige por las reglas especiales consagradas en el artículo 58 de la Ley 1480 de 2011. La competencia para conocer de la acción de protección al consumidor es a prevención, por lo cual el consumidor podrá elegir si presenta la demanda ante la jurisdicción ordinaria o ante la Superintendencia de Industria y Comercio.¹⁰⁹

5.1 LA RESOLUCIÓN NO JUDICIAL DE LOS LITIGIOS DEL CONSUMIDOR

Los métodos alternativos de solución de litigios se caracterizan por el hecho que las partes encuentran de común acuerdo una solución a su litigio. Estos tienen la ventaja de que se evita recurrir a la jurisdicción, lo que disuade al consumidor muchas veces de ejercer sus derechos. Tratándose de los medios de solución pacífica de conflictos es un tercero quien va a proponer la solución amistosa de las dificultades que enfrenta el consumidor.

Los métodos de solución de conflictos son una excelente alternativa para el consumidor, dados los grandes costos en que puede incurrir si requiere un apoderado para presentar su conflicto con el profesional a la consideración del juez, en proporción al mismo monto del litigio.

Aunque estos medios se han utilizado, en la realidad práctica, no funcionan satisfactoriamente, salvo cuando el funcionario de la SIC o el juez correspondiente, conduce dentro del mismo proceso judicial en la audiencia de conciliación, a prevenir o terminar un litigio.

5.1.1 Medios alternativos de solución de conflictos

Ante el incumplimiento de las disposiciones del Estatuto del Consumidor, sus normas reglamentarias o las instrucciones y órdenes impartidas sobre la materia por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, el consumidor puede interponer ante esta Entidad, la acción jurisdiccional de protección al consumidor establecida en el numeral 3° del artículo 56 y/o las actuaciones administrativas del artículo 59 de la Ley 1480 de 2011. Si el consumidor decide promover una acción jurisdiccional de protección al consumidor, debe tener en cuenta los siguientes aspectos:

Antes de presentar la demanda debe agotar el requisito de procedibilidad previsto en el numeral 5 del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011, el cual consiste en reclamar directamente al productor o proveedor, para lo cual estos expedirán una constancia por escrito, la cual se debe anexar a la demanda. Como alternativa al cumplimiento de este requisito, el consumidor puede citar a una audiencia de conciliación al productor o proveedor, caso

¹⁰⁸ SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, Ministerio de Industria y Turismo, Protección al Consumidor en Colombia, una aproximación desde las competencias de la Superintendencia de Industria y Comercio, 2017.

¹⁰⁹ Ley 1480 de 2011. Numeral 1 Artículo 58.

en el cual anexará a la demanda la constancia o el acta de la audiencia. En esa audiencia, puede conciliar, o decidir proseguir con la presentación de la demanda.

5.1.1.1. La Transacción

Respecto de la transacción, el artículo 312 del Código General del Proceso dispone que:

“En cualquier estado del proceso podrán las partes transigir la litis. También podrán transigir las diferencias que surjan con ocasión del cumplimiento de la sentencia”.

En cuyo caso, para que la transacción produzca efectos procesales deberá contener lo siguiente:

“Solicitarse por quienes la hayan celebrado” Estar dirigida al juez o tribunal que conozca del proceso o de la respectiva actuación posterior a este, según fuere el caso, precisando sus alcances o acompañando el documento que la contenga. Dicha solicitud podrá presentarla también cualquiera de las partes, acompañando el documento de transacción; en este caso se dará traslado del escrito a las otras partes por tres (3) días.

El juez aceptará la transacción que se ajuste al derecho sustancial y se declarará terminado el proceso, si se celebró por todas las partes y versa sobre la totalidad de las cuestiones debatidas o sobre las condenas impuestas en la sentencia. Si la transacción solo recae sobre parte del litigio o de la actuación posterior a la sentencia, el proceso o la actuación posterior a este continuará respecto de las personas o los aspectos no comprendidos en aquella, lo cual deberá precisar el juez en el auto que admita la transacción. El auto que resuelva sobre la transacción parcial es apelable en el efecto diferido, y el que resuelva sobre la transacción total, lo será en el efecto suspensivo.

Cuando el proceso termine por transacción o esta sea parcial, no habrá lugar a costas, salvo que las partes convengan otra cosa.”

5.1.1.2. Desistimiento

De conformidad con el artículo 314 del Código General del Proceso:

“El demandante podrá desistir de las pretensiones mientras no se haya pronunciado sentencia que ponga fin al proceso...”

El desistimiento implica la renuncia de las pretensiones de la demanda en todos aquellos casos en que la firmeza de la sentencia absolutoria habría producido efectos de cosa juzgada. El auto que acepte el desistimiento producirá los mismos efectos de aquella sentencia.

Si el desistimiento no se refiere a la totalidad de las pretensiones, o si sólo proviene de alguno de los demandantes, el proceso continuará respecto de las pretensiones y personas no comprendidas en él.

(...)

El desistimiento debe ser incondicional, salvo acuerdo de las partes, y sólo perjudica a la persona que lo hace y a sus causahabientes.

Finalmente, es menester precisar que no pueden desistir de las pretensiones: “i) Los incapaces y sus representantes, a menos que previamente obtengan licencia judicial, ii) los apoderados que no tengan facultad expresa para ello y iii) los curadores ad litem.”¹¹⁰

En los eventos en que exista transacción, conciliación, desistimiento, conforme lo dispone el artículo 58 numeral 10 de la Ley 1480 de 2011, no procederán imposiciones de multas de que trata dicho numeral.

5.1.2. La vía administrativa de solución de conflictos

En cuanto a la reclamación administrativa, esta es la vía que tiene que seguir el consumidor. El consumidor redacta por escrito, un formulario de queja y lo radica en el Centro de Documentación e Información de la Superintendencia de Industria y Comercio, ubicada en la carrera 13 27-00, piso 1 del Edificio Bochica, Bogotá, D.C, El formulario está disponible en esa dirección o en la página web de la entidad.¹¹¹ La queja debe contener al menos la siguiente información:

- Nombre completo e identificación del denunciante.
- Nombre completo e identificación de la persona contra la cual se dirige la denuncia.
- Dirección y teléfono, con indicación de la ciudad, tanto de l denunciante como del denunciado.
- Relato completo y legible de los hechos denunciados.
- Copia de los documentos que respaldan la denuncia
- Expresar claramente lo que solicita.
- Indicar si se pretende una investigación de carácter administrativo para la imposición de multas.
- La queja se puede presentar por los siguientes medios:

El trámite se rige por lo previsto en los artículos 60 y subsiguientes de la Ley 1480 de 2011 y en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2011-.

En los litigios relativos al consumidor también pueden darse las denominadas formas de terminación anormal de los mismos. Estas formas son la conciliación, la transacción y el desistimiento.

110
111

Código General del Proceso. Artículo 315
<http://www.sic.gov.co/es/web/guest/protecco>.

5.2. LA RESOLUCIÓN JUDICIAL DE LOS LITIGIOS DEL CONSUMIDOR

El artículo 56 del Estatuto del Consumidor agrupó una serie de acciones en materia de protección al consumidor que se encontraban dispersas en distintos ordenamientos jurídicos, en este caso, concentró las acciones del Decreto 3466 de 1982, de la Ley 446 de 1998 y la Ley 472 de 1998, habida cuenta que en la primera normativa se preveían indemnizaciones de perjuicios por incumplimiento de las garantías establecidas en los artículos 11, 13 y 29; las indemnizaciones colectivas, así como las indemnizaciones por perjuicios ocasionados en la prestación de servicios que suponen la entrega de un bien.

Por su parte la Ley 446 de 1998, en el artículo 145, disponía de acciones para obtener la efectividad de la garantía, la cesación de publicidad engañosa y la suspensión de productos que afectaran la seguridad y salubridad y, finalmente, la Ley 472 de 1998 contemplaba las acciones populares y de grupo en mira de la protección de los derechos colectivos

5.2.1. Las acciones individuales de protección a los consumidores

5.2.1.1. De la acción de protección al consumidor previstas en el artículo 56 numeral 3° de la Ley 1480 de 2011

Son acciones de carácter civil, a través de las cuales se deciden asuntos contenciosos que tienen como fundamento la vulneración de los derechos de los consumidores.

Tal y como lo contempla el artículo 56 numeral 3° de la Ley 1480 de 2011, las acciones de protección al consumidor son las que proceden por:

1. La violación directa a las normas sobre protección a consumidores y usuarios
2. Las inconformidades originadas por la aplicación de las normas sobre protección contractual contenidas en la Ley 1480 de 2011 y en normas especiales de protección a consumidores
3. La efectividad de una garantía.
4. Los daños causados en la prestación de servicios que suponen la entrega de un bien.
5. Los daños causados por información o publicidad engañosa.

5.2.1.2. Acción por violación directa a las normas del estatuto del consumidor

Corresponde a cualquier falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea, por parte del productor o comercializador de un producto o servicio, de normas que otorguen derechos a los consumidores. Constituye una regla genérica y de competencia residual sobre potenciales conflictos que puedan presentarse por vulneración de los derechos del consumidor, que no estén previstos en las otras acciones especiales.¹¹²

¹¹² GUAYACAN, Juan C. Acciones jurisdiccionales de protección al consumidor en "XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal". Bogotá. Editorial Universidad Libre. 2012., p.414

5.2.1.3. Acción de efectividad de la garantía

Es una acción tendiente para lograr la reparación, el cambio o la devolución del dinero o la prestación de un servicio, por incumplimiento a los deberes que tiene todo productor o proveedor respecto de la calidad, idoneidad, seguridad de los bienes y servicios que ofrecen en el mercado.¹¹³

La misma ya se encontraba consagrada en el artículo 29 del Decreto 3466 de 1982 y en la Ley 446 de 1998, en los siguientes términos:

“Artículo 29. Dto. 3466 de 1982: En caso de incumplimiento total o parcial de la garantía mínima presunta o de las demás garantías de un bien o servicio, el consumidor afectado podrá solicitar que se obligue al proveedor o expendedor respectivo a hacer efectiva la garantía o garantías o, si fuere procedente de acuerdo con el artículo 13o. del presente decreto, a cambiar el bien por otro o, si se manifestare que se desea desistir de la compraventa del bien o de la obtención del servicio, a reintegrar el precio pagado por el bien o servicio. En todo caso se podrá también solicitar la indemnización de los daños y perjuicios a que hubiere lugar.

La solicitud formulada conforme al inciso precedente se tramitará por las autoridades jurisdiccionales competentes, de conformidad con las reglas propias del proceso verbal previsto en el Título XXIII del libro 3º. del Código de Procedimiento Civil y las adicionales señaladas en el artículo 36. La sentencia mediante la cual se decida la actuación sólo podrá ser favorable al expendedor o proveedor si éste demuestra que ha habido violación de los términos o condiciones de la garantía o garantías por parte del consumidor o que no ha podido dar cumplimiento a la garantía o garantías debido a fuerza mayor o caso fortuito, siempre y cuando no haya podido satisfacerla por intermedio de un tercero”.

“Artículo 145 literal b) Ley 446/1998:

“Ordenar la efectividad de las garantías de bienes y servicios establecidas en las normas de protección del consumidor, o las contractuales si ellas resultan más amplias”¹¹⁴

Ya en el marco de la Ley 1480 de 2011, se consagró como una de las acciones de protección al consumidor. Pues bien, en curso de dicha acción deberá demostrarse entre otras, siendo las más relevantes las siguientes:

1. Que los daños se presentaron y fueron reclamados en vigencia de la garantía, esto teniendo en cuenta que la garantía es una obligación solidaria y temporal a cargo de los productores o proveedores de bienes y servicios y no es una carga indefinida o vitalicia en el tiempo.
2. Deberá demostrarse el defecto del producto como lo dispone el artículo 10 del Estatuto del Consumidor y el productor o proveedor a su vez tendrá que demostrar una de las causales de exoneración de responsabilidad previstas en el artículo 16 ibídem.

¹¹³ Al respecto véase la sentencia No 1920 de 4 de noviembre de 2015, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio; la sentencia del Tribunal Superior del Distrito de Cali M.P. Hernando Rodríguez Mesa. Rad. 2013-00135-01 del 27 de marzo de 2014.

¹¹⁴ Corte Constitucional C-1071 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

De no demostrarse el cumplimiento de la garantía, la consecuencia no será otra que ordenar la reparación, el cambio del bien o la devolución del dinero cancelado, ello teniendo en cuenta que estos son los componentes principales de la garantía. En los casos relacionados con la prestación de servicios, podrá optarse por la devolución del dinero o la prestación del mismo en los términos contratados.

Es importante recordar que en el marco de esta acción no es procedente el reconocimiento de perjuicios, pues por disposición del legislador, dicha facultad en cabeza de la Superintendencia solo se mantuvo para casos relacionados con el incumplimiento a la prestación de servicios que suponen la entrega de un bien y para daños derivados de información o publicidad engañosa.

5.2.1.4. Acción en aplicación de normas de protección contractual

A través de esta acción, se brinda a los consumidores protección especial en materia contractual, con relación a los contratos celebrados con los productores y proveedores en el marco de la relación de consumo, a través de ella se deciden los asuntos contenciosos relacionados con las condiciones negociales generales y los contratos de adhesión, cláusulas de permanencia mínima, cláusulas abusivas, operaciones mediante sistemas de financiación, ventas que utilizan métodos no tradicionales o a distancia, protección al consumidor de comercio electrónico, entre otras, establecidas en el Título VII del Estatuto del Consumidor.

Para el efecto, es preciso traer a colación que el Estatuto del Consumidor en su artículo 43, prevé como cláusulas abusivas, y, por ende, ineficaces de pleno derecho en estos eventos, en las sentencias judiciales la Superintendencia de Industria y Comercio ha tenido por ineficaces una serie de cláusulas que ponen en desequilibrio injustificado al consumidor. Por ejemplo, en el marco de una acción de protección al consumidor se determinó que, a través de una cláusula, se facultaba a determinada empresa para retener la totalidad de las sumas de dinero entregadas en un contrato sin haberse prestado el servicio; inclusive, se logró demostrar que habiendo ejercido oportunamente el derecho de retracto, tampoco se habían reintegrado las sumas de dinero entregadas por el mismo.¹¹⁵

5.2.1.5. Acción indemnizatoria por daños ocasionados en servicios que suponen la entrega de un bien

Corresponde en principio a una acción de carácter indemnizatorio, a través de la cual se resarcen los perjuicios ocasionados con el incumplimiento a la prestación de los servicios que suponen la entrega de un bien.

Lo que se protege es la custodia y conservación del bien entregado por parte del consumidor con ocasión de la prestación de un servicio, incluyendo la adecuada y oportuna prestación del mismo. La mayoría de los asuntos puestos en conocimiento de la Delegatura, se relacionan con servicios de parqueadero, lavanderías y reparaciones de bienes, en estos casos, en las sentencias judiciales se ha ordenado el pago de los perjuicios ocasionados al bien con ocasión del servicio prestado 258 o incluso la repetición del servicio en los términos contratados, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 9° del artículo 11 de la Ley 1480 de 2011.¹¹⁶

¹¹⁵ Al respecto véase las Sentencias proferidas en audiencia por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio Nos. 220 del 14 de marzo de 2014; 1786 del 23 de octubre de 2015 y 906 del 17 de marzo de 2016

¹¹⁶ Véase al respecto las siguientes sentencias proferidas en la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales. Sentencia No. 188 de 2014 y Sentencia No. 1082 de 2014 en las cuales se otorgaron perjuicios derivados del incumplimiento a los servicios que suponen la entrega de un bien

Finalmente, siendo una acción indemnizatoria es obligatorio el juramento estimatorio dentro del escrito de demanda, en los términos del artículo 206 del Código General del Proceso.

5.2.1.6. Acción indemnizatoria por actos constitutivos de información o publicidad engaños

Corresponde en principio a una acción de carácter indemnizatorio, a través de la cual se resarcen los perjuicios ocasionados con los actos derivados de información o publicidad engañosa. El Estatuto del Consumidor pone especial énfasis al derecho y deber de información, habida cuenta que la información es uno de los elementos esenciales para construir un acto jurídico voluntario.¹¹⁷

Nótese que, dentro de los principios se consagra el acceso de los consumidores a una información adecuada; por otro lado, todo consumidor tiene derecho a recibir información completa, veraz, transparente, verificable, comprensible, precisa e idónea respecto de los productos que se ofrezcan o pongan en circulación.

Luego, en una operación de consumo sin discernimiento, o con información falsa o insuficiente, se generarían actos de consumos no válidos y por ende, decisiones de consumo infundadas, con lo cual, a través de dicha acción se busca resarcir los perjuicios ocasionados por la información o publicidad engañosa.

Es claro que, probando la información o publicidad engañosa, se abrirá paso al análisis y demostración de los perjuicios causados y a la consecuencia, que no es otra que su resarcimiento mediante el pago de los mismos.¹¹⁸

Vale la pena resaltar que, otra de las pretensiones frecuentemente solicitadas en este tipo de acciones, corresponde a la posibilidad de mantener las condiciones informadas para la adquisición del bien o la prestación del servicio.

Ahora, es menester indicar que, siendo una acción indemnizatoria, es obligatorio el juramento estimatorio dentro del escrito de demanda en los términos del artículo 206 del Código General del Proceso, así mismo, como lo prevé el literal b del artículo 58 numeral 5°, deberá allegarse la prueba de la información o publicidad e indicarse las razones de inconformidad.

5.2.1.7. La Acción de responsabilidad por producto defectuoso

Esta acción deviene del postulado constitucional contenido en el artículo 78, según el cual “Serán responsables quienes en la producción y comercialización de bienes y servicios atenten contra la salud, la seguridad, y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios”

¹¹⁷ SHINA, Fernando. Daños al consumidor. Editorial Lastrea. 2014. p.12

¹¹⁸ Al respecto véase las sentencias 1618 del 1º de octubre de 2015 y 1677 del 9 de octubre de 2015 proferidas al interior de la Delegatura para Asuntos jurisdiccionales en los cuales se condenó al pago de perjuicios derivados de información engañosa o insuficiente.

No en vano la Corte Constitucional en Sentencia C-1141 de 2000, indicó lo siguiente:

“la protección del consumidor y usuario sería incompleta si ella se limitara a las garantías sobre la calidad de los productos y servicios en función del uso específico y normal al que se destinan y, de otro lado, al complejo de derechos instrumentales - información y participación -, necesarios para intervenir en las distintas esferas de la vida económica y poder ver traducidas sus exigencias legítimas en imperativos del interés público que deben por igual realizar el Estado y la comunidad. Los defectos de los productos y servicios no son indiferentes para el consumidor y el usuario, pues las lesiones que generan pueden afectar su vida, su integridad física y su salud. De ahí que el derecho del consumidor reconozca como elemento de su esencia el derecho a obtener de los productores y distribuidores profesionales, el resarcimiento de los daños causados por los defectos de los productos o servicios, con el fin de garantizar su uso seguro”.

En ese mismo sentido manifestó que:

“(…) la supresión de la responsabilidad del productor, a la luz del texto constitucional, es absolutamente insostenible. Escuetamente ello significaría sacrificar bienes jurídicos tan preciosos como la vida y la seguridad de las personas. En otro orden de cosas, la ausencia de un régimen de responsabilidad del productor altera y falsea la libre y sana competencia económica y afecta gravemente los parámetros éticos que sirven de marco a la libre circulación de mercancías.

Y son precisamente los productores – proveedores (empresarios), quienes deben enfrentar y soportar el juicio de responsabilidad, pues para la Corte Constitucional en la citada jurisprudencia le es suficiente “el hecho de haber puesto en circulación un producto defectuoso. El defecto cuya prueba compete al perjudicado, no es el error de diseño o intrínseco del producto, cuyo conocimiento difícilmente puede dominar o poseer el consumidor; lo es la inseguridad que se manifiesta con ocasión del uso al cual está destinado. Probado el defecto resulta razonable suponer que la responsabilidad corresponde al empresario que controla la esfera de la producción, la organiza, dirige y efectúa el control de los productos que hace ingresar al mercado y, por ende, para liberarse debe éste a su turno demostrar el hecho que interrumpe el nexo causal”.

Dicho régimen de responsabilidad estriba

“(…) En la necesidad de compensar con medidas de distinto orden la posición de inferioridad con que consumidores y usuarios, por lo general dispersos y dotados de escasos conocimientos y potencialidades, enfrentan a las fuerzas de la producción y comercialización de bienes y servicios, necesarios en orden a la satisfacción de sus necesidades materiales. Cuando la Constitución encomienda al legislador el desarrollo de un cierto régimen de protección no está simplemente habilitando una competencia específica para dictar cualquier tipo de normas. Lo que el Constituyente se propone que la finalidad de la protección efectivamente 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”.

Y en ese mismo sentido, tal responsabilidad tiene como esencia

“(…) el derecho a obtener de los productores y distribuidores profesionales, el resarcimiento de los daños causados por los defectos de los productos o servicios, con el fin de garantizar su uso seguro”.¹¹⁹

De otro lado, cabe señalar que la Corte Suprema de Justicia en vigencia de lo que fue el Decreto 3466 de 1982,¹²⁰ puntualizó una serie de los elementos estructurales de esa especie de responsabilidad en los siguientes términos:

“Define como sujetos involucrados, de un lado, a quienes producen y comercializan bienes y servicios, y de otro, a los consumidores y usuarios”

Cataloga este tipo de responsabilidad como una responsabilidad especial puesto que, con independencia del vínculo jurídico inmediato que ellos pudieran tener con el sujeto que les enajenó o proveyó un determinado bien o servicio, las medidas tuitivas propias de su condición han de verse extendidas hasta la esfera del productor o fabricante, comoquiera que éste es quien ha gestionado, controlado o dirigido el diseño y elaboración del producto, entre otros aspectos, así como ha determinado ponerlo en circulación o introducirlo en el mercado, adquiriendo, por contera, un compromiso en torno a la calidad e idoneidad del mismo, por lo que, desde luego, no puede resultar ajeno o indiferente a sus eventuales defectos o anomalías, ni a los peligros o riesgos que estos pudieran generar, como tampoco a las secuelas de orden patrimonial que llegaren a afectar a su destinatario final -consumidores o usuarios- o a terceros, con lo que queda claramente establecida una “*responsabilidad especial*” de aquél frente a éstos -ex constitutione-, que los habilita para accionar directamente contra el fabricante en orden a hacer efectivas las garantías a que hubiere lugar o a reclamar el resarcimiento de los daños que les fueron irrogados, sin que tal potestad pueda ser coartada por la simple inexistencia de un vínculo de linaje contractual. Y manifestó que, la responsabilidad que aquí se trata deviene de introducir en el mercado un producto que vulnera la seguridad del consumidor, pues así lo dispone la norma superior (artículo 78). En ese orden de ideas, fabricantes y proveedores enfrentan, en cuanto empresarios profesionales, un juicio de imputación de responsabilidad, fundado, primordialmente, en el hecho de haber puesto en circulación un producto defectuoso.¹²¹

Ahora bien, en el marco del actual Estatuto del Consumidor, es claro que uno de los objetivos principales radica en la protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y seguridad (artículo 1 numeral 1º), así mismo, en materia de derechos de los consumidores (artículo 2) se introduce el derecho a la seguridad e indemnidad, esto es, el derecho a que los productos no causen daño en condiciones normales de uso y a la protección contra las consecuencias nocivas para la salud, la vida o la integridad de los consumidores.

119 Corte Constitucional en Sentencia C-1141 de 2000

120 Sentencia Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente Pedro Octavio Munar Cadena. Ref: Exp. 25899 3193 992 1999 00629 01.

121 Sentencia C 1141 de 2000.

La Ley 1480 de 2011 define el producto defectuoso en el artículo 5º, como aquel bien mueble o inmueble que en razón de un error el diseño, fabricación, construcción, embalaje o información, no ofrezca la razonable seguridad a la que toda persona tiene derecho.

Y para ello, le genera a la responsabilidad por producto defectuoso un título propio en el Estatuto del Consumidor, a saber, corresponde al Título IV con un capítulo único, y establece que tanto el productor como el expendedor, serán solidariamente responsables de los daños causados por los defectos de sus productos, sin perjuicio de las acciones de repetición a que haya lugar.

Fue importante la introducción hecha por el Estatuto al señalar que cuando no se indique expresamente quién es el productor, se presumirá como tal quien coloque su nombre, marca o cualquier otro signo o distintivo en el producto.

Para tal efecto, la norma entiende como daños los siguientes:

1. Muerte o lesiones corporales causadas por el producto defectuoso.
2. Los producidos a una cosa diferente al producto defectuoso, causados por el producto defectuoso.

Lo anterior sin perjuicio de que el perjudicado pueda reclamar otro tipo de indemnizaciones de acuerdo con la ley. Esta acción se reservó exclusivamente para la jurisdicción ordinaria, de tal suerte que, la Superintendencia de Industria y Comercio no tiene competencia para conocer de la misma

5.2.2. Procedimiento acciones individuales

5.2.2.1. Competencia

Tratándose de las acciones de protección al consumidor contempladas en el artículo 56 numeral 3º, le corresponde el conocimiento de tales asuntos a la Superintendencia de Industria y Comercio o a los jueces civiles.

- **Competencia a prevención**

El artículo 24 de Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso) otorga una competencia a prevención a la Superintendencia de Industria y Comercio para conocer acerca de la violación a los derechos de los consumidores establecidos en el Estatuto del Consumidor.

En consecuencia, siendo una competencia a prevención, será de juicio del demandante escoger si acude ante la justicia ordinaria, esto es al juez civil municipal o de circuito en razón de la cuantía, o ante la Superintendencia de Industria y Comercio en virtud de las facultades jurisdiccionales que le fueron conferidas.¹²² De optar por demandar ante la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad administrativa con funciones jurisdiccionales con competencia en todo el territorio nacional, la Entidad desplazará al juez natural de primera o única instancia por razón de la cuantía y el territorio.

¹²² De conformidad con el artículo 17 del C.G. del P. Los jueces civiles municipales conocerán en única instancia de los procesos contenciosos de mínima cuantía; en virtud del artículo 18 del C.G. del P. los jueces civiles municipales conocerán en primera instancia de los procesos contenciosos de menor cuantía. Finalmente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 del C.G. del P. los jueces civiles del circuito conocerán en primera instancia de los procesos contenciosos de mayor cuantía.

- **Competencia por razón de la cuantía**

Por disposición del artículo 25 del Código General del Proceso, cuando la competencia se determine por razón de la cuantía, los procesos son de mayor, de menor y de mínima cuantía. Son de mínima cuantía los asuntos que no excedan el equivalente a 40 SMLMV. Son de menor cuantía cuando superan el equivalente a 40 SMLMV sin exceder 150 SMLMV. Son de mayor cuantía cuando sobrepasan los 150 SMLMV.¹²³

- **Competencia territorial**

El Código General del Proceso, contempla en el artículo 28 núm. 1º, el fuero general del domicilio del demandado, no obstante, en materia de consumo, tal fuero es concurrente con el juez del lugar donde se haya adquirido, comercializado el producto o realizado la relación de consumo, en concordancia con lo dispuesto en el art. 58 núm. 2º del Estatuto del Consumidor.¹²⁴

En este evento la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento indicó lo siguiente:

“En ejercicio de tales potestades, el Congreso de la República expidió la Ley 1480 de 2011, en cuyo artículo 58 determina el procedimiento a seguir en algunos de los procesos que versen sobre violación a los derechos de los consumidores establecidos en normas generales o especiales en todos los sectores de la economía y los jueces llamados a conocerlos.

En este sentido puntualizó que la Superintendencia de Industria y Comercio «(...) o el juez competente conocerán a prevención», y que «[s] era también competente el juez del lugar donde se haya comercializado o adquirido el producto o realizado la relación de consumo» (Resalta la Sala).

En relación con los funcionarios judiciales combina este precepto la regla general de competencia, prevista en el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, esto es la fijada a partir del domicilio de la parte demandada, con una atribución especial, radicada, asimismo, en el lugar donde se haya celebrado la respectiva relación de consumo, o sea, en la unidad básica territorial en la cual el bien o el servicio haya sido comercializado, adquirido o prestado.

De este modo, el promotor de una acción relativa a los derechos del consumidor tiene la opción de promoverla ante el juez competente, según el principio general deducido del artículo 23 ibídem, o ante el competente en el sitio donde se trabó la correspondiente relación de comercio.”¹²⁵

- **Competencia en primera y segunda instancia**

Con ocasión de las funciones jurisdiccionales que le fueron otorgadas a la Superintendencia de Industria y Comercio, la autoridad desplaza al juez natural en un proceso civil; en ese orden, en aquel proceso que se adelante como de única instancia (verbal sumario) y en el de menor cuantía, la Entidad desplaza al juez civil municipal, mientras que, de tratarse de un proceso de mayor cuantía, desplazará al juez civil del circuito.

¹²³ Ley 1564 de 2012. Código General del Proceso. Artículo 25

¹²⁴ Código General del Proceso. Artículo 24 –Parágrafo primero: Las funciones jurisdiccionales a que se refiere este artículo, generan competencia a prevención y, por ende, no excluyen la competencia otorgada por la ley a las autoridades judiciales y a las autoridades administrativas en estos determinados asuntos.

¹²⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente Luis Armando Tolosa Villabona. AC1991-2016 Radicación n.º 11001-02-03-000-2016-00639-00

En los procesos verbales en los cuales existe doble instancia, conocerá de las apelaciones a que haya lugar, según se trate, el juez civil del circuito (cuando el proceso sea de menor cuantía) y el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá (cuando el proceso sea de mayor cuantía)."

5.2.2.2. Legitimación

La Ley 1480 de 2011 regula los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores, así mismo, las normas contenidas en la citada ley son aplicables en general a las relaciones de consumo²⁶⁶.

En consecuencia, tratándose de una acción de protección al consumidor, el facultado para demandar debe ser precisamente, el consumidor (legitimación en la causa por activa) y, de otro lado, el llamado a soportar las pretensiones incoadas en la demanda, ha de ser un productor o proveedor (legitimación en la causa por pasiva).

Respecto del primero, debe decirse que la Ley 1480 de 2011 define al consumidor de la siguiente manera:

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

Esta definición es fruto del desarrollo jurisprudencial, habida cuenta que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia interpretó y restringió la definición de consumidor contenida en el Decreto 3466 de 1982, al punto que indicó que:

*"(...) siempre será forzoso indagar en torno a la finalidad concreta que el sujeto - persona natural o jurídica - persigue con la adquisición, utilización o disfrute de un determinado bien o servicio, para reputarlo consumidor sólo en aquellos eventos en que, contextualmente, aspire a la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar, doméstica o empresarial - en tanto no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica propiamente dicha, aunque pueda estar vinculada, de algún modo, a su objeto social -, que es lo que constituye el rasgo característico de una verdadera relación de consumo."*¹²⁶

Y puntualizó

"(...) quedan por fuera de la protección normativa quedan los "consumidores - empresarios", es decir, aquellos cuyos actos se dirigen a ser incorporados en procesos productivos o de naturaleza similar (...)"

Finalmente, en reciente pronunciamiento del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá –Sala Civil, se reafirmó que el bien base de la acción de protección al consumidor no puede estar ligado a una actividad económica, entre tanto se destacó que:

¹²⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 3 de mayo de 2005. Magistrado Ponente César Julio Valencia Copete. Ref. Exp. No. 5000131030011999-04421-01. M.P. César Julio Valencia Copete

“(…) resulta claro para la Sala que el demandante desarrolla más de una actividad económica y que el automotor adquirido está directamente ligado a una de ellas, a saber, la relativa al transporte de mercancías, situación que desdibuja la calidad de consumidor que invoca e impide dirimir la controversia bajo el amparo del Estatuto de Consumidor”.¹²⁷

En lo que refiere al productor o proveedor, la Ley 1480 de 2011 en el artículo 5° numerales 9 y 11, los define de la siguiente manera:

“Productor: Quien, de manera habitual, directa, indirectamente, diseñe, produzca, fabrique, ensamble o importe productos. También se reputa productor, quien diseñe, produzca, fabrique, ensamble o importe productos sujetos a reglamento técnico o medida sanitaria o fitosanitaria”

“Proveedor o expendedor: Quien de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos con o sin ánimo de lucro”.

5.2.2.3. Prescripción

La Ley 1480 de 2011, contempla el fenómeno de la prescripción en el inciso 2 del numeral 6 del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011:

“[L]a Superintendencia de Industria y Comercio adelantará las gestiones pertinentes para individualizar y vincular al proveedor o productor. Si transcurridos dos meses desde la interposición de la demanda, y habiéndose realizado las gestiones pertinentes, no es posible su individualización y vinculación, se archivará el proceso, sin perjuicio de que el demandante pueda presentar, antes de que opere la prescripción de la acción, una nueva demanda con los requisitos establecidos en la presente ley y además deberá contener información nueva sobre la identidad del productor y/o expendedor”

En consecuencia, la caducidad no opera en las acciones de protección al consumidor.

Dicho lo anterior, el artículo 58 numeral 3° de la Ley 1480 de 2011, contempla un término de prescripción de un (1) año y, la contabilización de este término variará de acuerdo a lo que se pretenda reclamar.

Así las cosas, si en el marco de la acción de protección al consumidor se pretende reclamar la efectividad de la garantía, la demanda deberá presentarse a más tardar al año siguiente a la expiración de la misma.

En relación con las controversias contractuales, la demanda deberá presentarse a más tardar dentro del año siguiente a la terminación del contrato.

¹²⁷ Tribunal Superior de Bogotá. Sala Civil. Sentencia del 15 de abril de 2015. Magistrada Ponente María Patricia Cruz Miranda. Rad. No. 00120137419301

En los demás casos, tales como información o publicidad engañosa, deberá presentarse la demanda a más tardar dentro del año siguiente al conocimiento de los hechos.

5.2.2.4. Requisito de procedibilidad

Para presentar una acción de protección al consumidor, bien ante el juez civil o ante la Superintendencia de Industria y Comercio, el consumidor debe haber reclamado previamente ante el productor o proveedor, habida cuenta que el artículo 58 de la Ley 1480 de 2011 numeral 5° exige que a la demanda deba acompañarse la reclamación directa hecha por el demandante al productor y/o proveedor, reclamación que podrá ser presentada por escrito, telefónica o verbalmente y debe ser respondida en un término no mayor a los quince (15) días hábiles.

Igualmente el Estatuto del Consumidor, da por cumplido el requisito de procedibilidad cuando se presente una acta de conciliación, en este caso ha de entenderse el término “acta” por el término “constancia”, ya sea de imposibilidad de acuerdo o constancia de inasistencia, en los términos del artículo 2° de la Ley 640 de 2001, pues de tratarse de una acta de conciliación, no podría iniciarse un proceso judicial respecto de hechos que fueron ventilados en conciliación y de los cuales por virtud de la ley gozan de cosa juzgada.

5.2.2.5. Trámite

El Código General del Proceso establece en su artículo 390 parágrafo tercero que, los procesos que versen sobre violación a los derechos de los consumidores establecidos en normas generales o especiales, con excepción de las acciones populares y de grupo, se tramitaran por el proceso verbal o por el verbal sumario.

Para el efecto, se tramitan a través del proceso verbal sumario los asuntos de mínima cuantía y por el proceso verbal aquellos procesos de menor y mayor cuantía.

Al ser la acción de protección al consumidor una acción jurisdiccional, a esta debe dársele el trámite contemplado en el Código General del Proceso en concordancia con lo establecido en los artículos 56 y 58 del Estatuto del Consumidor.

5.2.2.6. Demanda

Comoquiera que se trata de un proceso judicial, la demanda por acción de protección al consumidor debe contener los requisitos del artículo 82 y siguientes del Código General del Proceso, esto es:

- 1. La designación del juez a quien se dirija.*
- 2. El nombre y domicilio de las partes y, si no pueden comparecer por sí mismas, los de sus representantes legales. Se deberá indicar el número de identificación del demandante y de su representante y el de los demandados si se conoce. Tratándose de personas jurídicas o de patrimonios autónomos será el número de identificación tributaria (NIT).*
- 3. El nombre del apoderado judicial del demandante, si fuere el caso*

4. Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad.
5. Los hechos que le sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados.
6. La petición de las pruebas que se pretenda hacer valer, con indicación de los documentos que el demandado tiene en su poder, para que este los aporte.
7. El juramento estimatorio, cuando sea necesario
8. Los fundamentos de derecho.
9. La cuantía del proceso, cuando su estimación sea necesaria para determinar la competencia o el trámite.¹²⁸
10. El lugar, la dirección física y electrónica que tengan o estén obligados a llevar, donde las partes, sus representantes y el apoderado del demandante recibirán notificaciones personales.
11. Los demás que exija la ley.

Es importante precisar que, tratándose del juramento estimatorio, en los procesos que se ventilen en materia de protección al consumidor ante la Superintendencia de Industria y Comercio, específicamente los relacionados con la reparación de daños por la indebida prestación de servicios que suponen la entrega de un bien y los derivados de información y publicidad engañosa, es obligatorio el juramento estimatorio, pues conforme lo establece el artículo 206 del Código General del Proceso:

“Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación, o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo bajo juramento en la demanda o petición correspondiente...”

Dicho juramento podrá ser objetado por la parte demandada, en cuyo caso se correrá traslado por cinco (5) días hábiles a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

Asimismo, comoquiera que el numeral 11 del artículo 82 del C.G. del P. señala como uno de los requisitos *“Los demás que exija la ley”*, como pudo verse en precedencia, en virtud de la Ley 1480 de 2011, uno de los requisitos para la presentación de la demanda, es el de la reclamación previa o requisito de procedibilidad.

Esta demanda puede radicarse bien en las instalaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, a través de la página web www.sic.gov.co, los canales provistos por la Red Nacional de Protección al Consumidor, en los puntos de atención al ciudadano de las diferentes ciudades del país, el correo electrónico institucional o a través del aplicativo móvil *“Consumovil”*.

Inclusive el inciso 2° del artículo 391 del C.G. del P. dispone que podrá presentarse verbalmente ante el secretario, caso en el cual se extenderá un acta que firmarán éste y el demandante.

¹²⁸ En aquellos procesos de mínima cuantía o única instancia, esto es aquellos procesos en los que las pretensiones patrimoniales no excedan de 40 SMLMV, el consumidor podrá actuar en causa propia sin necesidad de apoderado judicial

- **Inadmisión y rechazo de la demanda**

Si la demanda no cumple los requisitos de ley, la Superintendencia de Industria y Comercio proferirá un auto en el que señala con precisión los defectos que adolezca, para que se subsane en el término de cinco (5) días, so pena de rechazo, vencido dicho término se decidirá si se admite o rechaza.

En este caso, el artículo 90 del C.G. del P. señala que se declarará inadmisibile la demanda en los siguientes eventos:

Cuando no reúna los requisitos formales.

2. Cuando no se acompañen los anexos ordenados por la ley.

3. Cuando las pretensiones acumuladas no reúnan los requisitos legales.

4. Cuando el demandante sea incapaz y no actúe por conducto de su representante.

5. Cuando quien formule la demanda carezca de derecho de postulación para adelantar el respectivo proceso.

6. Cuando no contenga el juramento estimatorio, siendo necesario.

7. Cuando no se acredite que se agotó la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad.

El auto que inadmite la demanda no es susceptible de recursos. No obstante, el que rechace la demanda comprenderá el que negó su admisión.

Respecto del rechazo dispone el artículo 90 ibídem que, será rechazada cuando carezca de jurisdicción o de competencia o cuando este vencido el término de caducidad para instaurarla, o bien porque cuando no se subsanó o se subsanó indebidamente.

- **Admisión de la demanda**

Evidentemente, si la demanda formulada cumple los requisitos que la ley dispone para el efecto o si es subsanada en debida forma, se proferirá el respectivo auto admisorio de la demanda, y acto seguido se procederá con su notificación.

Aquí es menester indicar que conforme lo dispone el artículo 92 del C. G. del P., el consumidor podrá retirar la demanda mientras no se haya notificado a ninguno de los demandados, y si hubiere medidas cautelares practicadas será necesario auto que autorice el retiro, en el cual se ordenará el levantamiento de aquellas y se condenará al pago de perjuicios, salvo acuerdo de las partes.

- **Notificación**

Es claro que el demandante se dará por enterado de la admisión de la demanda a través de la notificación por estado, en cuyo caso, la Superintendencia de Industria y Comercio cuenta con una plataforma virtual que permite visualizar la notificación por estado a través de la página web www.sic.gov.co eligiendo la opción Notificaciones ubicada en la parte izquierda de la pantalla, seguido de lo cual debe seleccionar la opción “Notificaciones por estado”; sin perjuicio de lo anterior, el estado se publica en las instalaciones de la Entidad.

Respecto de la notificación al demandado, debe precisarse que no se surte el mismo régimen general de notificaciones que establece el Código General del Proceso, esto es, el de la notificación personal, por aviso y emplazamiento contenidos en los artículos 291 y siguientes ibídem, habida cuenta que la Superintendencia de Industria y Comercio cuenta con un régimen de notificación especial, por disposición del artículo 58 numeral 7° que indica lo siguiente:

“las comunicaciones y notificaciones que deba hacer la Superintendencia de Industria y Comercio podrán realizarse por un medio eficaz que deje constancia del acto de notificación, ya sea de manera verbal, telefónica o por escrito, dirigidas al lugar donde se expendió el producto o se celebró el contrato, o a la que aparezca en las etiquetas del producto, o en las páginas web del expendedor y el productor, o a las que obren en los certificados de existencia y representación legal, o a las direcciones electrónicas reportadas a la Superintendencia de Industria y Comercio, o a las que aparezcan en el registro mercantil o a las anunciadas en la publicidad del productor o proveedor”.

En consecuencia, no le es exigible a la Superintendencia que tal notificación guarde coincidencia con la reglamentación del Código General del Proceso.¹²⁹

• **Contestación de la demanda**

Una vez notificada la demanda, el demandado cuenta con un término de diez (10) días hábiles, si se trata de un proceso verbal sumario, o de veinte (20) días hábiles, si se trata de un proceso verbal, para dar contestación a la demanda y hacer uso del derecho de defensa.¹³⁰

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 96 del C. G. del P., la contestación de la demanda contendrá:

1. *El nombre del demandado, su domicilio y los de su representante o apoderado en caso de no comparecer por sí mismo. También deberá indicar el número de documento de identificación del demandado y de su representante. Tratándose de personas jurídicas o patrimonios autónomos deberá indicarse el Número de Identificación Tributaria (NIT).*
2. *Pronunciamiento expreso y concreto sobre las pretensiones y sobre los hechos de la demanda, con indicación de los que se admiten, los que se niegan y los que no le constan. En los dos últimos casos manifestará en forma precisa y unívoca las razones de su respuesta. Si no lo hiciere así, se presumirá cierto el respectivo hecho.*
3. *Las excepciones de mérito que se quieran proponer contra las pretensiones del demandante, con expresión de su fundamento fáctico, el juramento estimatorio y la alegación del derecho de retención, si fuere el caso.*
4. *La petición de las pruebas que el demandado pretenda hacer valer, si no obraren en el expediente.*

¹²⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente Fernando Giraldo Gutiérrez. STC2681-2016 - Radicación n.º 11001-22-03-000-2016-00186-01

¹³⁰ Artículos 369 y 391 del Código General del Proceso

5. El lugar, la dirección física y de correo electrónico que tengan o estén obligados a llevar, donde el demandado, su representante o apoderado recibirán notificaciones personales.

A la contestación de la demanda deberá acompañarse el poder de quien la suscriba a nombre del demandado, la prueba de su existencia y representación, si a ello hubiere lugar, los documentos que estén en su poder y que hayan sido solicitados por el demandante, o la manifestación de que no los tiene, y las pruebas que pretenda hacer valer.

Es importante que los productores o proveedores asuman el deber procesal de efectuar una contestación de la demanda acorde y adecuada, pues el Código General del Proceso trae una consecuencia importante frente a la falta de contestación o la contestación deficiente, para el efecto, el artículo 97 dispone:

“La falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto.

La falta del juramento estimatorio impedirá que sea considerada la respectiva reclamación del demandado, salvo que concrete la estimación juramentada dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del requerimiento que para tal efecto le haga el juez”.

- **Allanamiento a la demanda**

No puede perderse de vista que, el productor o proveedor puede, en la contestación de la demanda o en cualquier momento anterior a la sentencia de primera instancia, allanarse expresamente a las pretensiones de la demanda reconociendo sus fundamentos de hecho, caso en el cual se procederá a dictar sentencia de conformidad con lo pedido. Sin embargo, el juez podrá rechazar el allanamiento y decretar pruebas de oficio cuando advierta fraude, colusión o cualquier otra situación similar.

Cuando el allanamiento no se refiera a la totalidad de las pretensiones de la demanda o no provenga de todos los demandados, el juez proferirá sentencia parcial y el proceso continuará respecto de las pretensiones no allanadas y de los demandados que no se allanaron.

El allanamiento cobra especial relevancia en las acciones de protección al consumidor, toda vez que si el mismo se efectúa en la contestación de la demanda no procederá la multa de que trata el artículo 58 numeral 10 de la Ley 1480 de 2011.

Finalmente, no debe olvidarse que conforme lo dispone el artículo 99 del C. G. del P., el allanamiento será ineficaz en los siguientes casos:

- 1. Cuando el demandado no tenga capacidad dispositiva.*
- 2. Cuando el derecho no sea susceptible de disposición de las partes.*
- 3. Cuando los hechos admitidos no puedan probarse por confesión.*

4. Cuando se haga por medio de apoderado y este carezca de facultad para allanarse.
5. Cuando la sentencia deba producir efectos de cosa juzgada respecto de terceros.
6. Cuando habiendo litisconsorcio necesario no provenga de todos los demandados.

- **Excepciones previas y recurso contra el auto admisorio de la demanda**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 100 del Código General del Proceso, el demandado podrá proponer excepciones previas dentro del término de traslado de la demanda, por las siguientes causales:

1. Falta de jurisdicción o de competencia.
2. Compromiso o cláusula compromisoria.
3. Inexistencia del demandante o del demandado.
4. Incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado.
5. Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones.
6. No haberse presentado prueba de la calidad de heredero, cónyuge o compañero permanente, curador de bienes, administrador de comunidad, albacea y en general de la calidad en que actúe el demandante o se cite al demandado, cuando a ello hubiere lugar.
7. Habérsele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde.
8. Pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto.
9. No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios.
10. No haberse ordenado la citación de otras personas que la ley dispone citar.
11. Haberse notificado el auto admisorio de la demanda a persona distinta de la que fue demandada.

En este caso las excepciones previas se tramitarán y decidirán de la siguiente manera:

“Del escrito que las contenga se correrá traslado al demandante por el término de tres (3) días conforme al artículo 110, para que se pronuncie sobre ellas y, si fuere el caso, subsane los defectos anotados.

El juez decidirá sobre las excepciones previas que no requieran la práctica de pruebas, antes de la audiencia inicial, y si prospera alguna que impida continuar el trámite del proceso y que no pueda ser subsanada o no lo haya sido oportunamente, declarará terminada la actuación y ordenará devolver la demanda al demandante.

Cuando se requiera la práctica de pruebas, el juez citará a la audiencia inicial y en ella las practicará y resolverá las excepciones

Si prospera la de falta de jurisdicción o competencia, se ordenará remitir el expediente al juez que corresponda y lo actuado conservará su validez.

Si prospera la de compromiso o cláusula compromisoria, se decretará la terminación del proceso y se devolverá al demandante la demanda con sus anexos.

Si prospera la de trámite inadecuado, el juez ordenará darle el trámite que legalmente le corresponda.

Cuando prospere alguna de las excepciones previstas en los numerales 9, 10 y 11 del artículo 100, el juez ordenará la respectiva citación.”¹³¹

Cabe señalar que, en los procesos verbales sumarios no proceden las excepciones previas, y las mismas deberán ser alegadas vía recurso de reposición contra el auto admisorio, como lo dispone el inciso 6° del artículo 391 del Código General del Proceso.

- **De las excepciones de mérito**

A través de las excepciones de mérito se busca destruir las pretensiones del demandante, estas deberán consignarse en la contestación de la demanda.

En el caso de las acciones de protección al consumidor, si el demandado propone excepciones de mérito, se correrá traslado de las mismas en la forma prevista en el artículo 110 del C.G. del P., tratándose de procesos verbales será de cinco (5) días (Artículo 370 del Código General del Proceso), y tratándose de procesos verbales sumarios su traslado será de tres (3) días.¹³²

- **Sentencia escrita**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 390 del parágrafo 3° del Código General del Proceso, cuando se trate de procesos verbales sumarios, el juez podrá dictar sentencia escrita vencido el término de traslado de la demanda y sin necesidad de convocar a la audiencia de que trata el artículo 392, si las pruebas aportadas con la demanda y su contestación fueren suficientes para resolver de fondo el litigio y no hubiese más pruebas por decretar y practicar.

- **La audiencia inicial**

En los demás casos en los cuales se deduzca que las pruebas no son suficientes para resolver el fondo del litigio y, una vez vencido el término de traslado de la demanda, del llamamiento en garantía o de las excepciones de mérito, o resueltas las excepciones previas que deban decidirse antes de la audiencia, o realizada la notificación, citación o traslado que el juez ordene al resolver dichas excepciones, según el caso, se procederá con la convocatoria de la audiencia inicial en los términos del artículo 372 del C. G. del P.

¹³¹

Artículo 101. Código General del Proceso

¹³²

Artículo 391 inciso 5° del Código General del Proceso

Para el efecto, en el auto que convoca a audiencia, se previene a las partes para que concurran personalmente a la diligencia con la prevención de las consecuencias por su inasistencia, y que en ella se practicarán interrogatorios a las partes.

La Superintendencia de Industria y Comercio, con el fin de hacer uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones como lo establece el artículo 103 del C.G. del P., así como el artículo 58 numeral 2º inciso 2º y con el fin de facilitar y agilizar el acceso a la justicia, realiza audiencias virtuales; para ello en el auto que fija fecha y hora para la diligencia, facilita un enlace a fin de que las partes, apoderados, peritos, testigos y demás intervinientes que residan fuera de la ciudad de Bogotá, se conecten a través de la herramienta virtual.

Además de lo ya señalado, la audiencia tal y como lo dispone el artículo 372 del C. G. del P., se sujetará a las siguientes reglas:

- Intervinientes.

Además de las partes, a la audiencia deberán concurrir sus apoderados. La audiencia se realizará, aunque no concurra alguna de las partes o sus apoderados. Si estos no comparecen, se realizará con aquellas.

Si alguna de las partes no comparece, sin perjuicio de las consecuencias probatorias por su inasistencia, la audiencia se llevará a cabo con su apoderado, quien tendrá facultad para confesar, conciliar, transigir, desistir y, en general, para disponer del derecho en litigio.

- Inasistencia.

La inasistencia de las partes o de sus apoderados a esta audiencia, por hechos anteriores a la misma, solo podrá justificarse mediante prueba siquiera sumaria de una justa causa.

Si la parte y su apoderado o solo la parte, se excusan con anterioridad a la audiencia y el juez acepta la justificación, se fijará nueva fecha y hora para su celebración, mediante auto que no tendrá recursos. La audiencia deberá celebrarse dentro de los diez (10) días siguientes. En ningún caso podrá haber otro aplazamiento.

Las justificaciones que presenten las partes o sus apoderados con posterioridad a la audiencia solo serán apreciadas si se aportan dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en que ella se verificó. El juez solo admitirá aquellas que se fundamenten en fuerza mayor o caso fortuito y solo tendrán el efecto de exonerar de las consecuencias procesales, probatorias y pecuniarias adversas que se hubieren derivado de la inasistencia.

En este caso, si el juez acepta la excusa presentada, prevendrá a quien la haya presentado para que concurra a la audiencia de instrucción y juzgamiento a absolver el interrogatorio.

- Decisión de excepciones previas.

Con las limitaciones previstas en el artículo 101, el juez practicará las pruebas estrictamente necesarias para resolver las excepciones previas que estén pendientes y las decidirá.

Debe recordarse que en los procesos verbales sumarios la excepción previa se tramita vía recurso de reposición contra el auto que admite la demanda.

- Conciliación.

Desde el inicio de la audiencia y en cualquier etapa de ella, el juez exhortará diligentemente

a las partes a conciliar sus diferencias, para lo cual deberá proponer fórmulas de arreglo, sin que ello signifique prejuzgamiento.

Si alguno de los demandantes o demandados fuere incapaz, concurrirá su representante legal. El auto que apruebe la conciliación implicará la autorización a este para celebrarla, cuando sea necesaria de conformidad con la ley.

- Interrogatorio de las partes, práctica de otras pruebas y fijación del litigio.

Los interrogatorios de las partes se practicarán en la audiencia inicial.

El juez oficiosamente y de manera obligatoria interrogará de modo exhaustivo a las partes sobre el objeto del proceso. También podrá ordenar el careo.

El juez podrá decretar y practicar en esta audiencia las demás pruebas que le resulte posible, siempre y cuando estén presentes las partes.

A continuación, el juez requerirá a las partes y a sus apoderados para que determine los hechos en los que están de acuerdo y que fueren susceptibles de prueba de confesión, y fijará el objeto del litigio, precisando los hechos que considera demostrados y los que requieran ser probados.

- Control de legalidad.

El juez ejercerá el control de legalidad para asegurar la sentencia de fondo y sanear los vicios que puedan acarrear nulidades u otras irregularidades del proceso, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes. Además, deberá verificar la integración del litisconsorcio necesario.

- Sentencia.

Salvo que se requiera la práctica de otras pruebas, a continuación, en la misma audiencia y oídas las partes hasta por veinte (20) minutos cada una, el juez dictará sentencia.

El juez, por solicitud de alguna de las partes, podrá autorizar un tiempo superior para rendir las alegaciones, atendiendo las condiciones del caso y garantizando la igualdad. Contra la decisión que resuelva esta solicitud no procede recurso alguno.

- Decreto de pruebas.

El juez decretará las pruebas solicitadas por las partes y las que considere necesarias para el esclarecimiento de los hechos, con sujeción estricta a las limitaciones previstas en el artículo 168. Así mismo, prescindirá de las pruebas relacionadas con los hechos que declaró probados. Si decreta dictamen pericial señalará el término para que se aporte, teniendo en cuenta que deberá presentarse con no menos de diez (10) días de antelación a la audiencia de instrucción y juzgamiento. Fijación de audiencia de instrucción y juzgamiento.

El juez, antes de finalizar la audiencia, fijará fecha y hora para la audiencia de instrucción y juzgamiento, y dispondrá todo lo necesario para que en ella se practiquen las pruebas.

Cuando se advierta que la práctica de pruebas es posible y conveniente en la audiencia inicial, el juez de oficio o a petición de parte, decretará las pruebas en el auto que fija fecha y hora para ella, con el fin de agotar también el objeto de la audiencia de instrucción

y juzgamiento de que trata el artículo 373. En este evento, en esa única audiencia se proferirá la sentencia, de conformidad con las reglas previstas en el numeral 5 del referido artículo 373.

- **La audiencia de instrucción y juzgamiento**

Esta audiencia está prevista para los procesos verbales, pues en el proceso verbal sumario, en una única audiencia se agotan todas las etapas previstas en la audiencia inicial y de instrucción y juzgamiento.

Así las cosas, en la audiencia de instrucción y juzgamiento se observarán las siguientes reglas previstas en el artículo 373 del C.G. del P.:

En la fecha y hora señaladas para la audiencia el juez deberá disponer de tiempo suficiente para practicar todas las pruebas decretadas, oír los alegatos de las partes y, en su caso, proferir la sentencia.

. En caso de que el juez haya aceptado la justificación de la inasistencia de alguna de las partes a la audiencia inicial, se practicará el interrogatorio a la respectiva parte. A continuación, el juez requerirá a las partes y a sus apoderados para que determinen los hechos en los que están de acuerdo y que fueren susceptibles de prueba de confesión, fijará nuevamente el objeto del litigio, precisando los hechos que considera demostrados y rechazará las pruebas decretadas en la audiencia inicial que estime innecesarias.

3. A continuación practicará las demás pruebas de la siguiente manera: a) Practicará el interrogatorio a los peritos que hayan sido citados a la audiencia, de oficio o a solicitud de parte. b) Recibirá las declaraciones de los testigos que se encuentren presentes y prescindirá de los demás. c) Practicará la exhibición de documentos y las demás pruebas que hubieren sido decretadas. 4. Practicadas las pruebas se oirán los alegatos de las partes, primero al demandante y luego al demandado, y posteriormente a las demás partes, hasta por veinte (20) minutos cada uno.

El juez, por solicitud de alguna de las partes, podrá autorizar un tiempo superior para rendir las alegaciones, atendiendo las condiciones del caso y garantizando la igualdad. Contra la decisión que resuelva esta solicitud no procede recurso alguno. 5. En la misma audiencia el juez proferirá sentencia en forma oral, aunque las partes o sus apoderados no hayan asistido o se hubieren retirado. Si fuere necesario podrá decretarse un receso hasta por dos (2) horas para el pronunciamiento de la sentencia. Si no fuere posible dictar la sentencia en forma oral, el juez deberá dejar constancia expresa de las razones concretas e informar a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. En este evento, el juez deberá anunciar el sentido de su fallo, con una breve exposición de sus fundamentos, y emitir la decisión escrita dentro de los diez (10) días siguientes, sin que en ningún caso, pueda desconocer el plazo de duración del proceso previsto en el artículo 121. Cuando la sentencia se profiera en forma oral, la apelación se

sujetará a lo previsto en el inciso 1° del numeral 1 del artículo 322. Cuando solo se anuncie el sentido del fallo, la apelación se sujetará a lo establecido en el inciso 2° del numeral 1 del artículo 322. 6. La audiencia se registrará como lo dispone el artículo 107.

- **Sanciones en sentencia**

Es preciso recordar que por disposición del artículo 58 numeral 10° de la Ley 1480 de 2011, además del fallo que resulte en contra del empresario, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá imponer al productor o proveedor una multa de hasta ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (150 S.M.L.M.V), por incumplir las obligaciones legales y contractuales.

La sanción se fijará teniendo en cuenta circunstancias de agravación debidamente probadas, tales como la gravedad del hecho, o la reiteración en el incumplimiento de las garantías o del contrato, la renuencia a cumplir con sus obligaciones legales, inclusive la de expedir la factura y las demás circunstancias.

En uso de esta facultad, la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales ha impuesto varias sanciones por el incumplimiento a las obligaciones legales, como ha sucedido en materia de venta de tiquetes por desconocimiento del derecho de retracto y en diversos sectores de la economía, por la inclusión de cláusulas abusivas que ponen en desequilibrio injustificado al consumidor; por incumplimiento de las garantías de bienes y servicios, y en general, por vulneración a los derechos de los consumidores y usuarios.¹³³

- **Sanciones por inobservancia a la sentencia**

El incumplimiento a las órdenes impartidas en la sentencia dará lugar a las siguientes sanciones previstas en el artículo 58 numeral 11 literales a) y b):

a) Una multa sucesiva a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, equivalente a la séptima parte de un salario mínimo legal mensual vigente por cada día de retardo en el incumplimiento.

b) El cierre temporal del establecimiento comercial, si persiste el incumplimiento y mientras se acredite el cumplimiento de la orden. Cuando lo considere necesario la Superintendencia de Industria y Comercio podrá solicitar la colaboración de la fuerza pública para hacer efectiva la medida adoptada.

En estos eventos, la Superintendencia de Industria y Comercio dará inicio al trámite de verificación del cumplimiento, en cuyo caso requiere al demandado para que dentro del término de cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación del auto que le requiere, se pronuncie respecto de la observancia o inobservancia de la orden proferida o compromiso acordado e informe si cumplió o, en su defecto, justifique su incumplimiento, allegando las pruebas y soportes del caso.

•

¹³³ Al respecto véase las sanciones impuestas por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio en Sentencias Nos. 220 de 2014, 1677 de 2015.

Una vez recibido el pronunciamiento del extremo procesal requerido o, en su defecto, ante el silencio del mismo, el Despacho evaluará los hechos y con base el material probatorio obrante en el expediente determinará si hay lugar a la imposición de multas.

Si la parte exhortada no atiende el requerimiento del Despacho o persiste su renuencia a dar cumplimiento a lo ordenado en la sentencia o acordado a través de un mecanismo alternativo de solución de controversias, se procederá a imponer las sanciones previstas en el numeral 11 del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011.

Vale la pena precisar que, la sanción impuesta no exonera a la parte multada de cumplir con las referidas obligaciones, por lo que, pasado un tiempo prudencial, el Despacho puede requerir nuevamente a la demandada y de persistir el incumplimiento, se procederá a la imposición de una multa sucesiva o al cierre del establecimiento de comercio.

Por regla general, si al vencimiento del término otorgado a las partes en la sentencia, el Despacho encuentra que se acreditó dentro del expediente el cumplimiento de las obligaciones ordenadas en la decisión que puso fin al proceso, se procederá al archivo del expediente.

- **Sanciones por incumplimiento a conciliaciones o transacciones realizadas en legal forma**

Como lo dispone el artículo 58 numeral 11 de la Ley 1480 de 2011, en caso de incumplimiento a una conciliación o transacción realizada en legal forma, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá imponer multas sucesivas, inclusive llegar al cierre del establecimiento de comercio, en cuyo caso se seguirá el procedimiento antes señalado.

FACULTADES PARA FALLAR INFRA, EXTRA Y ULTRAPETITA

El Estatuto del Consumidor es de los pocos ordenamientos que permite emitir pronunciamientos con plenas facultades para fallar infra, extra y ultrapetita, e igualmente, permite adoptar decisiones de la forma que se considere más justa según lo probado en el proceso, siendo ello congruente con los principios de favorabilidad que se tienen para los consumidores, pues el derecho del consumo concibe al usuario como la parte débil de la relación negocial.

- **Aspectos que se deben tener en cuenta en los procesos verbales sumarios**

Además del término de contestación arriba citado, debe indicarse que la acción de protección al consumidor que se adelanta a través del procedimiento verbal sumario tiene ciertas restricciones y diferencias del proceso verbal, a saber:

“El término de traslado de las excepciones de mérito, a diferencia del proceso verbal, no es de cinco (5) días sino de tres (3) días.”¹³⁴

¹³⁴ inciso 5º del art 391 del C.G. del P

Los hechos que configuren excepciones previas deben alegarse mediante interposición de recurso de reposición contra el auto admisorio.¹³⁵

En una sola audiencia se practican las actividades previstas en los artículos 372 y 373 del C. G. del P., No pueden decretarse más de dos testimonios por cada hecho.¹³⁶

No es admisible la reforma a la demanda, la acumulación de procesos, los incidentes, el trámite de terminación de amparo de pobreza y la suspensión del proceso por causa distinta a mutuo acuerdo.¹³⁷

- **Apelación**

- OPORTUNIDAD Y REQUISITOS

Únicamente en los procesos verbales (los de menor y mayor cuantía), la parte vencida goza de la doble instancia, y para el efecto contra las decisiones en las que proceda el recurso de apelación, podrá proponerlo con observancia de reglas previstas en el artículo 322 del C. G. del P.:

1. El recurso de apelación contra cualquier providencia que se emita en el curso de una audiencia o diligencia, deberá interponerse en forma verbal inmediatamente después de pronunciada.

2. La apelación contra la providencia que se dicte fuera de audiencia deberá interponerse ante el juez que la dictó, en el acto de su notificación personal o por escrito dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación por estado.

3. La apelación contra autos podrá interponerse directamente o en subsidio de la reposición. Cuando se acceda a la reposición interpuesta por una de las partes, la otra podrá apelar del nuevo auto si fuere susceptible de este recurso. 4. En el caso de la apelación de autos, el apelante deberá sustentar el recurso ante el juez que dictó la providencia, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, o a la del auto que niega la reposición. Sin embargo, cuando la decisión apelada haya sido pronunciada en una audiencia o diligencia, el recurso podrá sustentarse al momento de su interposición. Resuelta la reposición y concedida la apelación, el apelante, si lo considera necesario, podrá agregar nuevos argumentos a su impugnación, dentro del plazo señalado en este numeral. Cuando se apele una sentencia, el apelante, al momento de interponer el recurso en la audiencia, si hubiere sido proferida en ella, o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia, deberá precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior.

135 inciso 6º art. 391 C.G. del P.

136 art. 392 del C.G. del P.

137 inciso 4º art. 392 C.G. del P.

Para la sustentación del recurso será suficiente que el recurrente exprese las razones de su inconformidad con la providencia apelada. Si el apelante de un auto no sustenta el recurso en debida forma y de manera oportuna, el juez de primera instancia lo declarará desierto. La misma decisión adoptará cuando no se precisen los reparos a la sentencia apelada, en la forma prevista en este numeral. El juez de segunda instancia declarará desierto el recurso de apelación contra una sentencia que no hubiere sido sustentado.

- EFECTOS EN QUE SE CONCEDE LA APELACIÓN

La apelación será concedida en el efecto suspensivo, devolutivo o diferido, así:

1. En el efecto suspensivo. En este caso, si se trata de sentencia, la competencia del juez de primera instancia se suspenderá desde la ejecutoria del auto que la concede hasta que se notifique el de obediencia a lo resuelto por el superior. Sin embargo, el inferior conservará competencia para conocer de todo lo relacionado con medidas cautelares.

2. En el efecto devolutivo. En este caso no se suspenderá el cumplimiento de la providencia apelada, ni el curso del proceso.

3. En el efecto diferido. En este caso se suspenderá el cumplimiento de la providencia apelada, pero continuará el curso del proceso ante el juez de primera instancia en lo que no dependa necesariamente de ella. Se otorgará en el efecto suspensivo la apelación de las sentencias que versen sobre el estado civil de las personas, las que hayan sido recurridas por ambas partes, las que nieguen la totalidad de las pretensiones y las que sean simplemente declarativas. Las apelaciones de las demás sentencias se concederán en el efecto devolutivo, pero no podrá hacerse entrega de dineros u otros bienes, hasta tanto sea resuelta la apelación. Por su parte, la apelación en el efecto diferido aplicará en los casos expresamente previstos en la ley.

- SUPERIOR JERÁRQUICO QUE CONOCE DE LA APELACIÓN

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 31 y 33 numeral 2º del C.G. del P., cuando el juez desplazado en su competencia sea el juez civil del circuito, conocerá el tribunal superior del distrito judicial de la sede principal de la autoridad administrativa o de la sede regional correspondiente al lugar en donde se adoptó la decisión, y cuando el juez desplazado en su competencia sea el juez civil municipal, conocerá el juez civil del circuito de la sede principal de la autoridad administrativa o de la sede regional correspondiente allegar en donde se adoptó la decisión, según fuere el caso.

- **Medidas cautelares**

Las medidas cautelares son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en el asunto. De esa manera, el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada.

Buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían

ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido.¹³⁸

Las medidas cautelares tienen amplio sustento constitucional, puesto que desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, son un elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal.¹³⁹

En materia de acciones de protección al consumidor, al igual que en otros procesos judiciales, de conformidad con el artículo 590 del Código General del Proceso, desde la presentación de la demanda de acción de protección al consumidor, a petición del demandante, el juez podrá decretar medidas cautelares, en cuyo caso para su decreto se apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho.

Así mismo, se tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si el juzgador lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada.

En el mismo sentido, el Despacho establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada.

Para que sea decretada la medida cautelar, el demandante deberá prestar caución equivalente de hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica. Sin embargo, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable, o fijar uno superior al momento de decretar la medida.

5.2.3 Las acciones en el interés colectivo de los consumidores

Al comenzar esta QUINTA PARTE del texto, dedicada a las dificultades del consumidor, nos referíamos a los obstáculos que enfrenta el consumidor, y citábamos que el profesional se encuentra por lo general bien asesorado, y que el profesional tiene un poder económico que influye psicológicamente en el consumidor a la hora de iniciar una acción judicial, y es por esto que el interés colectivo de los consumidores en general o de una categoría de ellos, toma una importancia tan grande, en esta materia.

La administración pública, a través de la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante un procedimiento verbal, constatan la realización de infracciones individuales contra el consumidor, pero es la rama judicial, a través de la justicia ordinaria y contenciosa, la que se ocupa la defensa del interés colectivo de los consumidores. Es importante señalar, que el artículo 88 de la Carta Política, prevé que “... la Ley regulara las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con 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...” y “También regulara las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones populares...”¹⁴⁰

¹³⁸ Sentencia Corte Constitucional C-379 de 2004.
¹³⁹ Constitución Política de Colombia. Artículos 13, 228 y 229.

¹⁴⁰ Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera M.P. Luis Manuel Lasso Lozano. Exp. 110013336035201400514-03

5.2.3.1. Las acciones populares y de grupo

La primera de las acciones contempladas en el artículo 56 numeral 3° del Estatuto del Consumidor, corresponde al mecanismo instituido por el constituyente de 1991. En este caso, el artículo 88 de la Constitución Política confió a la ley la regulación de (i) las acciones populares para proteger los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica; (ii) las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones populares. Y para definir los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos, como un medio para la protección de los mismos.¹⁴¹

La Ley 472 de 1998 desarrolló el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia, en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo. Dentro de los derechos e intereses colectivos que se protegen encontramos: (i) el goce de un ambiente sano; (ii) la moralidad administrativa; (iii) la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales; (iv) la conservación de las especies animales y vegetales; (v) la protección de áreas de especial importancia ecológica; (vi) el goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público; (vii) la defensa del patrimonio público; (viii) la defensa del patrimonio cultural de la Nación; (ix) la seguridad y salubridad públicas; (x) el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; (xi) la libre competencia económica; (xii) el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; (xiii) la prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos; (xiv) el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente; (xv) la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes; (xvi) **los derechos de los consumidores y usuarios.**¹⁴²

Como puede verse, los derechos de los consumidores hacen parte de ese conglomerado de derechos colectivos susceptibles de ser protegidos por estas vías.

Tanto la acción de grupo como la acción popular han sido estatuidas para obtener la reparación del daño causado a un número plural de personas, superando las limitaciones de los esquemas procesales puramente individualistas, para dar paso a la protección de los derechos colectivos, siendo así un mecanismo eficiente con miras a garantizar una tutela efectiva en pro de los derechos de los consumidores.

Pese a que pareciera que tienen un mismo objeto, la jurisprudencia ha diferenciado las acciones populares y de grupo desde el punto de vista de su finalidad y los derechos e intereses protegidos de la siguiente manera:

¹⁴¹ Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección primera – M.P. Claudia Elizabeth Lozzi Moreno. Exp. 25000-2341-000-2011-00034-01

¹⁴² Sentencia. Corte Constitucional C 904 DE 2011.

“En su finalidad: La acción popular tiene un propósito esencialmente preventivo, mientras que la acción de grupo cumple una función reparadora o indemnizatoria, por lo que la primera no requiere que exista un daño sobre el interés protegido, mientras que la segunda opera una vez ocurrido el daño, ya que precisamente pretende reparar dicho perjuicio” En los derechos o intereses protegidos. Al tiempo que la acción popular ampara esencialmente derechos e intereses colectivos, la acción de grupo recae sobre la afectación de todo tipo de derechos e intereses, sean estos colectivos o individuales, ya que ella es un instrumento procesal colectivo, que busca reparar los daños producidos a individuos específicos. Siendo un instrumento célere y preferencial de protección de los derechos colectivos violados o amenazados por una acción u omisión de una autoridad o de un particular, puede ejercerse ante el juez civil del circuito o el juez contencioso administrativo, teniendo en cuenta la naturaleza de la función desarrollada por la persona que ocasionó el daño al interés o derecho comunitario, acudiéndose, al factor subjetivo, según que el causante del perjuicio sea un particular o una persona pública o privada.

En cuanto a la legitimación, podrá formularse la demanda en ejercicio de la acción por cualquiera de los afectados integrantes del grupo, e inclusive a través del defensor del pueblo; los personeros municipales y distritales podrán formular la acción en nombre de cualquier persona que así lo solicite o que se encuentre en situación de amparo o indefensión.

Finalmente, su trámite se verá demarcado por las exigencias del Código General del Proceso, si se formula ante la jurisdicción civil, y por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, si se formula ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

El Consejo de Estado ha señalado en reiteradas oportunidades, que la Acción Popular es un mecanismo principal y autónomo,¹⁴³ precisó que a diferencia de lo reglado en materia de acciones de tutela y de cumplimiento, cuya procedencia, dado el criterio de subsidiariedad sobre el cual se edifica su régimen, está condicionada a que no existan otros mecanismos de defensa judicial. La procedencia de la acción popular, no se encuentra supeditada a esta condición. Señala que la forma genérica e incondicionada como el artículo 9 de la ley 472 de 1998 regula esta materia, y el entendimiento que ha dado la jurisprudencia al régimen de esta acción, permiten afirmar lo anterior. Al respecto, agrega que:

“se ha manifestado que la acción popular es principal, en tanto que aquella procede aun si existen otros medios judiciales que sean idóneos para resolver las pretensiones de la demanda. Según se ha indicado al abordar este asunto, la relevancia social y constitucional de los derechos protegidos permite explicar la exclusión legal del criterio de subsidiariedad del régimen jurídico de la acción popular...para la Sala es claro que dado la trascendencia social y constitucional de su objeto, la acción popular tiene carácter principal y autónomo, motivo por el cual su viabilidad, como lo afirmo la Corte Constitucional en sentencia T-446 de 2007, no puede ser enervada por el trámite simultáneo de una acción judicial ordinaria, ni mucho menos por la apertura de un procedimiento administrativo sancionatorio. Puesto que se trata de un mecanismo que no persigue la protección de derechos subjetivos ni el mero cumplimiento de la legalidad objetiva, sino la defensa de intereses superiores de titularidad colectiva,

¹⁴³ Consejo de Estado - Sección Primera, M.P. Guillermo Vargas Ayala. Sentencia del 15 de mayo de 2014,

cuya efectividad constituye un compromiso fundamental del Juez Constitucional, mal puede entenderse que su trámite resulta improcedente por la existencia de un procedimiento administrativo en el cual se debaten hechos similares. Que dicho procedimiento se enfoque esencialmente en focalizar el acatamiento de la normatividad y no en la efectividad de los derechos que aquí se debaten, y que además la Administración responsable del impulso de dicha actuación sea parte de las demandadas dentro del presente juicio, son argumentos que permiten sustentar lo anterior. En consecuencia, el planteamiento de la improcedencia de la acción popular debe ser rechazado y la Sala procederá a examinar de fondo los cargos de la demanda”

5.3 ASPECTOS PROCESALES Y PROBATORIOS DE LA RELACION DE CONSUMO

La materia del derecho del consumidor es una materia heterogénea, y no es posible, pese a la existencia de la Ley 1480 de 2011, que pretendió establecer una columna vertebral en materia de consumidor, posiciones uniformes, interpretaciones sistemáticas y dogmáticas, porque en muchas ocasiones hay criterios de pura oportunidad, reiteraciones legales o jurisprudenciales, y en cada caso aproximación con otra clase de normas, que establece el denominado dialogo normativo de fuentes.

Es importante observar el carácter imperativo de las normas de protección del consumidor, que aparta el derecho del consumo del derecho común de los contratos, el cual es en general dispositivo. Otro aspecto sobresaliente en el derecho del consumidor es el de los remedios que trae la Ley 1480 de 2011, para solucionar las insuficiencias que trae el derecho civil, para solucionar en materia de los deberes de información del profesional frente al consumidor; y la integración contractual de las declaraciones publicitarias, con el objeto de reprimir la publicidad engañosa.

Otros aspectos relevantes son los derechos del consumidor al desistimiento, la revocación o la resolución unilateral. Una característica que tratamos también es que el derecho del consumidor es esencialmente formalista, a diferencia del derecho tradicional cuyos actos eran preferentemente de formación consensual. El derecho del consumidor tiene como ya observamos, grandes diferencias y por eso hablamos de relación de consumo y de contratos de consumo, en cuanto a su formación, conclusión y ejecución.

5.3.1. Carga dinámica de la prueba y prueba de oficio. Proceso verbal sumario

El Código General del Proceso establece en su artículo 390 parágrafo tercero que, los procesos que versen sobre violación a los derechos de los consumidores establecidos en normas generales o especiales, con excepción de las acciones populares y de grupo, se tramitarán por el proceso verbal o por el verbal sumario.

Para el efecto, se tramitan a través del proceso verbal sumario los asuntos de mínima cuantía y por el proceso verbal aquellos procesos de menor y mayor cuantía.

Al ser la acción de protección al consumidor una acción jurisdiccional, a esta debe dársele el trámite contemplado en el Código General del Proceso en concordancia con lo establecido en los artículos 56 y 58 del Estatuto del Consumidor.

Las ventajas materiales concedidas por las normas materiales de protección requieren un adecuado respaldo procesal para hacer efectiva la tutela de los intereses de los consumidores. Tanto la carga de la prueba como la prueba de oficio son instrumentos para que exista una sentencia debidamente motivada, que soporte el efectivo derecho de la parte débil, la prueba de oficio, se constituye la garantía de que los ciudadanos cuenten con la real posibilidad de acceso a la justicia, en casos como los del consumidor que está en manifiesta desigualdad frente al profesional, y la prueba de oficio puede reestablecer el equilibrio que se advierte en materia de poder económico, conocimiento técnico y asesoría jurídica entre otros.

En el artículo 167, del Código General del Proceso, primer inciso, continúa la noción clásica de la carga de la prueba al disponer: *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*. Así cada parte sabe que debe llevar al juez el conocimiento sobre los hechos que son supuesto de las normas cuya aplicación están solicitando.

Sin embargo, el inciso segundo del mismo artículo, que es nuevo en la legislación colombiana, autoriza al juez expresamente para aplicar la teoría de la carga dinámica de la prueba en los siguientes términos:

“No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares”. *Negrita fuera de texto.*

La disposición no **solo autoriza al juez por iniciativa propia o pedido de parte** para reasignar la carga de probar, sino que, además, ilustrativamente contiene algunos supuestos en los cuales podrá considerarse que alguien está en mejores condiciones de acreditar un determinado hecho.

Por el mismo derrotero ideológico en el artículo 170 la expresión *“podrán decretarse pruebas de oficio”* se reemplaza por

“El juez deberá decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia” y se agrega que *“Las pruebas decretadas de oficio estarán sujetas a la contradicción de las partes”*.

También el código contencioso administrativo en su ARTÍCULO 213 se refiere a las PRUEBAS DE OFICIO en los siguientes términos:

“En cualquiera de las instancias el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad. Se deberán decretar y practicar conjuntamente con las pedidas por las partes.

Además, oídas las alegaciones el Juez o la Sala, sección o subsección antes de dictar sentencia también podrá disponer que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o difusos de la contienda. Para practicarlas deberá señalar un término de hasta diez (10) días.

En todo caso, dentro del término de ejecutoria del auto que decreta pruebas de oficio, las partes podrán aportar o solicitar, por una sola vez, nuevas pruebas, siempre que fueren indispensables para contraprobar aquellas decretadas de oficio. Tales pruebas, según el caso, serán practicadas dentro de los diez (10) días siguientes al auto que las decreta.”

5.3.2. Medios de prueba y avances tecnológicos

El tema de la prueba en el derecho del consumo está gobernado en gran parte por las normas del derecho común de la prueba. Sin embargo, existen ciertas flexibilidades frente al derecho clásico que es importante destacar en esta materia, en particular.

Según el artículo del código general del proceso le incumbe a cada parte probar conforme a las leyes los hechos necesarios para sustentar su pretensión. El hecho a probar busca que la pretensión tenga éxito, y en consecuencia debe ser pertinente. Se trata de probar hechos que tengan relación con el litigio, porque de lo contrario son inoperantes. No siempre es fácil probar. Por ejemplo, una de las partes debe demostrar que la otra parte, es de mala fe o que un plazo ha expirado.

En la actualidad la neutralidad del juez, es discutible. El código general del proceso, y el CPACA, señalan que el juez puede tomar todas las medidas de instrucción que legalmente sean admisibles, siempre y cuando no suplan la negligencia de la parte en el aporte de la prueba.

De hecho, en los litigios relativos al derecho del consumo el juez tiene una gran amplitud para admitir o para rechazar un elemento probatorio, ya que prevalece el principio de libertad probatoria, por lo que se deja a su luz y prudencia la consideración de las mismas.

En el derecho tradicional, quien reclama la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretende liberarse del pago debe probar que ya lo hizo o que la obligación se extinguió de otra manera. Tratándose del derecho del consumidor existe una inversión de la carga de la prueba, o al menos una dulcificación como señala García Vicente de las reglas tradicionales, que por otra parte tiene previsto el principio de facilidad probatoria y el criterio de la proximidad (o disponibilidad) al hecho que se quiere probar. En materia por ejemplo del hecho por productos defectuosos se presume que el productor es responsable de pleno derecho, a menos que pruebe, que teniendo en cuenta las circunstancias, es posible estimar que el defecto se haya presentado con posterioridad a la puesta en circulación del producto, y que no existía en forma previa.

En derecho del consumo hay que diferenciar si el consumidor se encuentra en presencia de un hecho jurídico, lo que admite cualquier medio probatorio, ya que es imposible pre-constituir una prueba escrita. Sería absurdo, exigir una prueba escrita antes de que se produzca un daño. En cuanto a los actos jurídicos, la prueba no suscita dificultades por el carácter formal que tiene el derecho del consumo

5.3.2.1. Dictamen pericial

Del perito se espera un criterio razonado y científico, por lo cual se dice que invoca su ciencia. Por esto entender el sentido de la tarea pericial conlleva distinguir entre el hecho y el derecho como objeto de dictamen judicial, ya que corresponde a su labor determinar los elementos técnicos envueltos en una determinada situación fáctica relevante para la controversia sub iudice, siendo las normas aplicables al caso, un asunto exclusivo del juez.

Al respecto, El Consejo de Estado con ponencia de Guillermo Vargas Ayala, el 15 de mayo de 2014, se profirió sentencia en un caso de Hermann Gustavo Garrido Prada y otros, contra el INVIMA y RED BULL COLOMBIA S.A.S, donde la Sala, le resta merito probatorio a un dictamen rendido, por no ocuparse de los puntos específicos señalados por el juez, y porque en opinión de la Corporación, el perito no observo un criterio razonado y científico, que se exponga de manera clara, precisa y detallada. Acción Popular donde se pretende que el consumo de bebidas energizantes conlleva un riesgo para la salud, en la medida en que combina en exceso con bebidas alcohólicas.

En esta providencia también se destaca que la acción popular es un mecanismo principal y autónomo (defensa de intereses superiores de titularidad colectiva), razón por la cual permite excluir el criterio de subsidiariedad que tiene la tutela, y permite que coexista, con la apertura de un procedimiento administrativo sancionatorio, entre las mismas partes y por el mismo producto.

5.3.2.2. Documentos electrónicos

Los escritos electrónicos son admitidos desde el punto de vista probatorio. Como todos los escritos, el que sea electrónico debe estar firmado. La firma electrónica consiste en un procedimiento confiable de identificación que garantice su nexo con el acto y el lugar donde este se realiza. El escrito de soporte electrónico tiene el mismo valor que el de soporte en papel, de acuerdo por lo manifestado por la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante concepto en relación.¹⁴⁴

La SIC señala que el artículo 2 de la Ley 527 de 1999 establece las siguientes definiciones:

“a) Mensaje de datos. La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax;

¹⁴⁴ Al respecto puede consultarse el concepto (CONCEPTO SIC BASE DE DATOS. Radicación: 11-105588- -00001-0000 Trámite: 113 Evento: 0 Actuación: 440 Folios: 5

b) Comercio electrónico. Abarca las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar. Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las siguientes operaciones: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; todo tipo de operaciones financieras, bursátiles y de seguros; de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera; “

Por su parte el artículo 10 de la precitada Ley establece lo siguiente: **ADMISIBILIDAD Y FUERZA PROBATORIA DE LOS MENSAJES DE DATOS.** Los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil.

En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original. En concordancia con lo anterior, el artículo 11 de la mencionada ley consagra lo siguiente:

- **Criterio para valorar probatoriamente un mensaje de datos.**

Para la valoración de la fuerza probatoria de los mensajes de datos a que se refiere esta ley, se tendrán en cuenta las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas. Por consiguiente, habrán de tenerse en cuenta: la confiabilidad en la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad en la forma en que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente.

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-662 de 2000, señaló lo siguiente: “Dentro de las características esenciales del mensaje de datos encontramos que es una prueba de la existencia y naturaleza de la voluntad de las partes de comprometerse; es un documento legible que puede ser presentado ante las Entidades públicas y los Tribunales; admite su almacenamiento e inalterabilidad en el tiempo; facilita la revisión y posterior auditoría para los fines contables, impositivos y reglamentarios; afirma derechos y obligaciones jurídicas entre los intervinientes y es accesible para su ulterior consulta, es decir, que la información en forma de datos computarizados es susceptible de leerse e interpretarse.

(...)

Al hacer referencia a la definición de documentos del Código de Procedimiento Civil, le otorga al mensaje de datos la calidad de prueba, permitiendo coordinar el sistema telemático con el sistema manual o documentarlo, encontrándose en igualdad de condiciones en un litigio o discusión jurídica, teniendo en cuenta para su valoración algunos criterios como: confiabilidad, integridad de la información e identificación del autor”.

El concepto se refiere al criterio para valorar probatoriamente un mensaje de datos, en los siguientes términos: Al valorar la fuerza probatoria de un mensaje de datos se habrá de tener presente la confiabilidad de la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad de la forma en que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente (artículo 11).

Por lo anterior, los mensajes de datos son admisibles como medios de pruebas en cualquier tipo de proceso, siempre y cuando reúna los requisitos de la confiabilidad en la forma en que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente.

BIBLIOGRAFÍA

- » GUAYACAN, Juan C. Acciones jurisdiccionales de protección al consumidor en “XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal”. Bogotá. Editorial Universidad Libre. 2012.
- » SHINA, Fernando. Daños al consumidor. Editorial Lastrea. 2014

TEXTOS NORMATIVOS

- » Constitución Política de Colombia.
- » Ley 1480 de 2011 “Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones.”
- » Ley 1564 de 2012. “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.”

JURISPRUDENCIA

- » Consejo de Estado - Sección Primera, M.P. Guillermo Vargas Ayala. Sentencia del 15 de mayo de 2014.
- » Corte Constitucional C-1071 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
- » Corte Constitucional en Sentencia C-1141 de 2000
- » Corte Constitucional, Sentencia C 1141 de 2000.
- » Corte Constitucional, sentencia C-379 de 2004
- » Corte Constitucional. Sentencia C 904 DE 2011.
- » Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente Pedro Octavio Munar Cadena. Ref: Exp. 25899 3193 992 1999 00629 01.
- » Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente Luis Armando Tolosa Villabona. AC1991-2016 Radicación n.º 11001-02-03-000-2016-00639-00
- » Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 3 de mayo de 2005. Magistrado Ponente César Julio Valencia Copete. Ref. Exp. No. 5000131030011999-04421-01. M.P. César Julio Valencia Copete

- » Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección primera – M.P. Claudia Elizabeth Lozzi Moreno. Exp. 25000-2341-000-2011-00034-01
- » Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera M.P. Luis Manuel Lasso Lozano. Exp. 110013336035201400514-03
- » Tribunal Superior de Bogotá. Sala Civil. Sentencia del 15 de abril de 2015. Magistrada Ponente María Patricia Cruz Miranda. Rad. No. 00120137419301.
- » Tribunal Superior del Distrito de Cali M.P. Hernando Rodríguez Mesa. Rad. 2013-00135-01 del 27 de marzo de 2014.

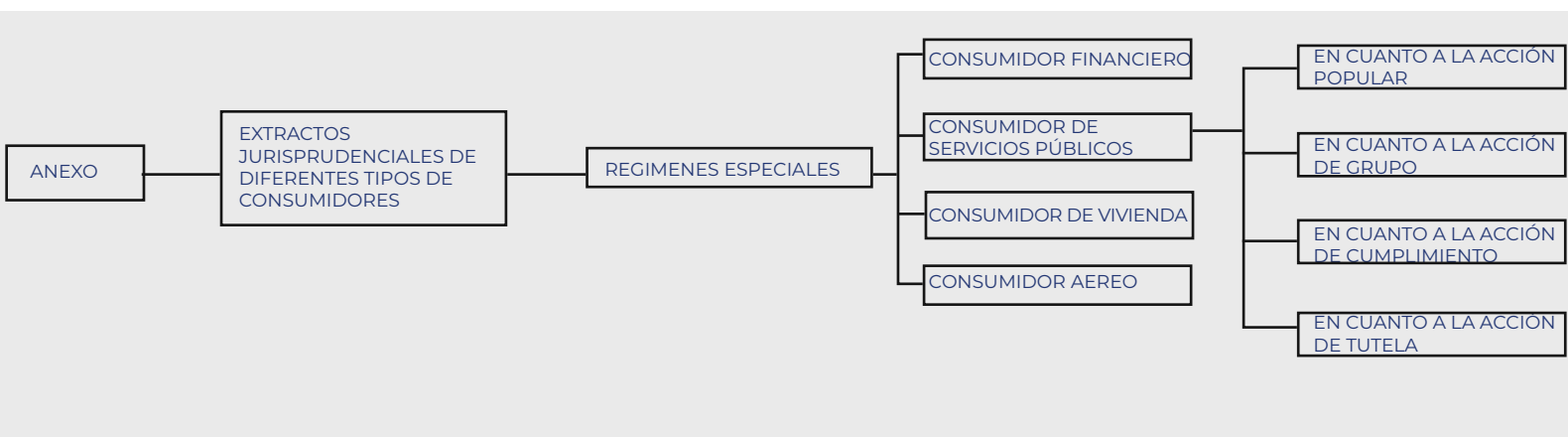
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

- » CONCEPTO SIC BASE DE DATOS. Radicación: 11-105588- -00001-0000 Trámite: 113 Evento: 0 Actuación: 440 Folios: 5
- » SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, Ministerio de Industria y Turismo, Protección al Consumidor en Colombia, una aproximación desde las competencias de la Superintendencia de Industria y Comercio, 2017.
- » Superintendencia de Industria y Comercio, sanciones impuestas por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio en Sentencias Nos. 220 de 2014, 1677 de 2015.
- » Superintendencia de Industria y Comercio, sentencia No 1920 de 4 de noviembre de 2015.
- » Superintendencia de Industria y Comercio, sentencias 1618 del 1º de octubre de 2015 y 1677 del 9 de octubre de 2015 proferidas al interior de la Delegatura para Asuntos jurisdiccionales en los cuales se condenó al pago de perjuicios derivados de información engañosa o insuficiente.
- » Superintendencia de Industria y Comercio, sentencias proferidas en audiencia por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales, Nos. 220 del 14 de marzo de 2014; 1786 del 23 de octubre de 2015 y 906 del 17 de marzo de 2016.
- » Superintendencia de Industria y Comercio, sentencias proferidas en la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales. Sentencia No. 188 de 2014 y Sentencia No. 1082 de 2014 en las cuales se otorgaron perjuicios derivados del incumplimiento a los servicios que suponen la entrega de un bien.

PAGINAS WEB

- » <http://www.sic.gov.co/es/web/guest/protecco>.
- » <https://www.ambitojuridico.com/noticias/informe/mercantil-propiedad-intelectual-y-arbitraje/debate-juridico-sobre-el-debido>
- » http://www.fasecolda.com/files/9113/9101/2240/parte_ii.captulo_7_proteccion_al_consumidor_financiero.pdf
- » <https://youtu.be/HG7KFbE4RTw>
- » <https://youtu.be/WwBitW4cDj0>
- » <https://youtu.be/4609S1GfDnc>
- » https://youtu.be/u7Q2d_56bsk
- » <https://www.youtube.com/watch?v=eO7xMhyLs2Q>

ANEXO 1



EXTRACTOS JURISPRUDENCIALES DE DIFERENTES

TIPOS DE CONSUMIDORES

APÉNDICE DE EXTRACTOS DE TEXTOS JURISPRUDENCIALES

Teniendo en cuenta la amplitud del tema, hemos considerado de mucha importancia, llamar la atención sobre algunos textos jurisprudenciales que desarrollan los temas tratados en este módulo, y que pueden dar una idea general de la conexidad del estatuto del consumidor y ciertos regímenes especiales aplicables a distintos sectores de la economía.

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

“En diferentes sentencias, tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional han expuesto diferentes posturas frente a la protección del consumidor las cuales son muy importantes resaltar con el fin de conocer el desarrollo jurisprudencial que se ha realizado en Colombia frente al tema.

En Primer lugar, es preciso citar la sentencia C- 1141 del 2000 de la Corte Constitucional, en la cual se hace gran énfasis en la protección constitucional que tienen los consumidores, en esta sentencia se resalta que: *‘La Constitución ordena la existencia de un campo de protección en favor del consumidor, inspirado en el propósito de restablecer su igualdad frente a los productores y distribuidores, dada la asimetría real en que se desenvuelve la persona que acude al mercado en pos de la satisfacción de sus necesidades humanas. Sin embargo, la Constitución no entra a determinar los supuestos específicos de protección, tema este que se desarrolla a través del ordenamiento jurídico. El programa de protección, principalmente, se determina a partir de la ley, los reglamentos y el contrato. Es claro que la fuente contractual debe interpretarse de conformidad con los principios tuitivos del consumidor plasmados en la Constitución. Con el derecho del consumidor se presenta algo similar de lo que se observa con otros derechos constitucionales. La Constitución delimita un campo de protección, pero el contenido preciso del programa de defensa del interés tutelado, es el que 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. El significado de un determinado derecho y su extensión, por consiguiente, no se establece sólo por la Constitución a priori y de una vez para siempre’.* (Corte Constitucional, 2000)

Así mismo, la sentencia referida, ahondo en la calidad e idoneidad de los productos, afirmando que: *‘las condiciones de calidad e idoneidad son las que establece el propio productor o son las que obligatoriamente se imponen a éste. El control del proceso de producción y el diseño del bien o del servicio, incumben de manera directa al productor profesional. El productor obtiene su ganancia por su papel en el proceso de producción y, como contrapartida, asume los riesgos derivados de la misma. En definitiva, suprimir al productor como sujeto pasivo de las acciones de garantía equivale a anular las garantías concedidas o presupuestas,*

sean éstas de orden legal o convencional. La regulación procesal que produzca este efecto, en lugar de promover la realización del derecho sustancial, lo aniquila. Se puede afirmar, sin vacilación, que en lo que atañe a la conformación de los elementos reactivos del derecho del consumidor, el papel del legislador - por ende el campo de su libertad configurativa -, no consiste en eliminar la responsabilidad del productor en razón de la calidad de sus productos o servicios, sino en determinar los procedimientos más idóneos para hacerla efectiva'. (Corte Constitucional, 2000)

En igual sentido, se pronunció sobre la protección de los consumidores y usuarios, protección que para la Corte resulta incompleta si se limitan 'las garantías sobre la calidad de los productos y servicios en función del uso específico y normal al que se destinan y, de otro lado, al complejo de derechos instrumentales - información y participación -, necesarios para intervenir en las distintas esferas de la vida económica y poder ver traducidas sus exigencias legítimas en imperativos del interés público que deben por igual realizar el Estado y la comunidad. Los defectos de los productos y servicios no son indiferentes para el consumidor y el usuario, pues las lesiones que generan pueden afectar su vida, su integridad física y su salud. De ahí que el derecho del consumidor reconozca como elemento de su esencia el derecho a obtener de los productores y distribuidores profesionales, el resarcimiento de los daños causados por los defectos de los productos o servicios, con el fin de garantizar su uso seguro'. (Corte Constitucional, 2000)

En el año 2002, en sentencia C-973 de 2002, la Corte Constitucional profirió un fallo en el cual se refirió a la función que debe cumplir el legislador en temas de protección al consumidor; al respecto la corte manifestó lo siguiente: 'El legislador no goza de libertad absoluta para configurar el régimen de los derechos de los consumidores, pues la Constitución le impone tener en cuenta, para el efecto, la protección integral establecida en su favor en el mismo texto superior. Ello comporta el necesario examen de las situaciones que rodean el desenvolvimiento del proceso productivo -que constituyen la base de la protección constitucional-, para producir normas que armonicen con el ánimo del Constituyente de contrarrestar la desigualdad que las relaciones del mercado suponen'. (Corte Constitucional, 2002)

Para la Corte, el 'Es deber del órgano legislativo tener en cuenta las relaciones asimétricas que generan la manufactura, comercialización, distribución y adquisición de bienes y servicios, y que surgen del papel preponderante del productor en cuanto a él compete la elaboración del bien o la modelación del servicio imponiendo condiciones para su funcionamiento y utilización, así como de la ventaja del distribuidor o proveedor en razón de su dominio de los canales de comercialización de los bienes y servicios; pero sobre todo, la ley debe observar con atención la indefensión a la que se ve sometido el consumidor en razón de la necesidad que tiene de obtener los bienes ofrecidos en el mercado. En consecuencia, las normas que el legislador profiera, en virtud de la competencia que le ha sido otorgada para regular el régimen de protección de los derechos del consumidor, dentro del cual está comprendida la forma en que se puede

exigir la responsabilidad del productor, deben tener en cuenta la protección especial de esos derechos reconocida por la Carta y estar orientadas hacia su completa efectividad. Así mismo se hace necesario que la interpretación de las normas relativas a los derechos del consumidor que hayan sido expedidas con anterioridad a la expedición de la Constitución, así como el examen de su constitucionalidad, se realice bajo los postulados que estableció la norma superior en esta materia'. (Corte Constitucional, 2002)

Por su parte, al hacer referencia a responsabilidad por daños a consumidores y usuarios, la Corte, en la misma sentencia reitero que *'la Constitución de 1991, en el primer inciso del artículo 78 estableció el deber que tienen los productores y comercializadores de bienes y servicios de responder por los atentados que, en ejercicio de su actividad dentro del proceso productivo, cometan contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. Es decir que esa obligación de responder por los daños ocasionados a los consumidores y usuarios 27 proviene directamente de la Constitución y, por ende, se configura como una responsabilidad especial y propia al régimen que les es aplicable. Cabe señalar que la Constitución no precisó los hechos a cargo de productores y comercializadores de los cuales se deriva su responsabilidad y por ello, debe entenderse que los mismos son todos aquellos que corren por su cuenta y riesgo y sobre los cuales, en virtud de su actividad profesional deben tener control. Así ha dicho la Corte que "Las condiciones de calidad e idoneidad son las que establece el propio productor o son las que obligatoriamente se imponen a éste. El control del proceso de producción y el diseño del bien o del servicio, incumben de manera directa al productor profesional. El productor obtiene su ganancia por su papel en el proceso de producción y, como contrapartida, asume los riesgos derivados de la misma'. (Corte Constitucional, 2002)*

La Corte Suprema de Justicia, también se ha pronunciado en diferentes fallos frente a la protección al consumidor en los siguientes términos: *'la protección del consumidor no sólo encuentra respaldo en esa preceptiva constitucional, sino también en el artículo 13 de dicha Carta, en cuanto establece que 'el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados'. Y es que el Constituyente con ese mandato busca la efectividad material del derecho a la igualdad, imponiéndose, entonces, que para tal fin se trate de manera distinta a personas ubicadas en situaciones diferentes, como sucede con el productor y el consumidor, pues éste, por la posición en la que se encuentra frente al otro, demanda una especial protección de sus derechos, en la medida que es la parte débil de la relación de consumo. En este último aspecto es particularmente relevante la disposición contenida en el inciso tercero de ese precepto constitucional, conforme al cual '(...) El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan'; es incontestable, ciertamente, el afán del constituyente de brindar especial protección a quienes se encuentren en condiciones de debilidad económica manifiesta, en este caso, el consumidor'. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2011)*

De esta manera, se puede observar el importante desarrollo jurisprudencial en materia de protección al consumidor que se ha venido dando en Colombia, mediante el cual, las altas cortes han puesto de presente la asimetría que existe dentro de la relación de consumo y por consiguiente, la importancia que reviste la protección de los consumidores, no solo desde la óptica legislativa, sino jurisprudencial. Es así como, se han proferido diferentes sentencias tuitivas en relación con los consumidores y con su amparo constitucional y legal¹⁴⁵.

REGÍMENES ESPECIALES

Carácter Supletivo de las normas del estatuto del consumidor y competencia residual de la Super Intendencia de Industria y Comercio en materia de protección al consumidor

“El artículo 2° de la Ley 1480 de 2011 y el numeral 22 del artículo 1° Decreto 4886 de 2011 establecen, respectivamente, el carácter supletivo de las normas del Estatuto del consumidor y la competencia residual de esta Superintendencia en materia de protección al consumidor”.

En efecto, el inciso segundo del artículo 2° de la Ley 1480 de 2011 establece que ‘[l]as normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta Ley.’, lo cual indica que la normativa contenida en la misma tiene el carácter de supletiva, por lo tanto, solo se aplicará en los eventos en que no exista una regulación especial.

Así mismo, al tenor del numeral 22 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, por regla general, corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio velar por la observancia de las disposiciones sobre protección al consumidor, dando trámite a las reclamaciones o quejas que se presenten, teniendo en cuenta que la competencia del asunto no haya sido asignada a otra autoridad”¹⁴⁶

“ARTICULO 1o. “(...) La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:(...) 22. Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección al consumidor y dar trámite a las reclamaciones o quejas que se

¹⁴⁵ García Prati I., Ocampo Mejía E. (2016). El arbitraje de consumo en Colombia. (Trabajo de grado). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.

¹⁴⁶ Superintendencia de Industria y Comercio, oficina de asesoría jurídica. Radicación: 16- 154940-00001-0000 Trámite: 113 Evento: 0 Actuación: 440. Folio 1. Jefe Asesora: Jazmin Rocio Soacha Pedraza.

presenten, cuya competencia no haya sido asignada a otra autoridad, con el fin de establecer las responsabilidades administrativas del caso y ordenar las medidas que resulten pertinentes...”¹⁴⁷

“De acuerdo con lo anterior, la competencia atribuida a esta Superintendencia en materia del régimen de protección al consumidor es de naturaleza residual, es decir, que radica en cabeza de la Entidad siempre y cuando no le haya sido atribuida a otra autoridad (...)

Por lo tanto, lo fundamental en este punto es que, al haberse otorgado el control y vigilancia de un sector de la economía a una autoridad administrativa diferente a la Superintendencia de Industria y Comercio, y haberse regulado la protección del consumidor de dicho sector, a través de una disposición especial, el Estatuto del Consumidor y sus reglamentaciones no son aplicables a dicho sector o lo serán de forma supletiva¹⁴⁸.

Consumidor Financiero

Cabe recordar, que el artículo 2o de la Ley 1480 de 2011 dispone, “(...) Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta Ley. (...).

Con referencia al tema que nos ocupa, se ha recalcado que:

“Es dable afirmar que en lo atinente a las relaciones trabadas entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas existe un régimen especial de aplicación preferente, de ahí que la regulación general solo será aplicable de manera supletoria o residual en aquellos eventos en que la normativa especial no regule un determinado tema.

En ese orden de ideas, para determinar si los artículos de la Ley 1480 de 2011 se aplican o no, a las relaciones de los consumidores financieros con las entidades vigiladas, será necesario revisar en cada caso si el régimen de la Ley 1328 de 2009 regula de manera integral la situación, evento en el cual se aplicará de preferencia dicha normativa antes de acudir a las generales contenidas en el Estatuto del Consumidor”¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Decreto 4886 de 2011, artículo 1, numeral 22.

¹⁴⁸ Superintendencia de Industria y Comercio, oficina de asesoría jurídica. Radicación: 16- 154940-00001-0000 Trámite:

¹¹³ Evento: 0 Actuación: 440. Folio 1. Jefe Asesora: Jazmin Rocio Soacha Pedraza.

¹⁴⁹ Superintendencia Financiera de Colombia. concepto 2013008465-008 del 8 de julio de 2013.

En el mismo sentido, se ha reiterado:

“La normatividad que se aplica en Colombia al sector financiero es aquella que regula específicamente tal actividad, pues rige el principio de la especialidad en la aplicación de las normas, las cuales se encuentran básicamente contenidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, los decretos reglamentarios y las circulares que expide la Superintendencia Financiera en ejercicio de su función de inspección, control y vigilancia, así como todas las disposiciones que los adicionen o modifiquen.

Las normas consagran en la legislación financiera y en las normas complementarias, mecanismos especiales de protección de los derechos de los usuarios de este tipo de servicios, disposiciones cuya preservación y prevalencia se consideran esenciales dada la naturaleza y particularidades de la actividad que desarrollan las entidades bajo la vigilancia de la SFC.

Sobre la normativa, tanto antes de la Ley 1328 como con posterioridad a ella, han existido y están vigentes normas generales y específicas en materia de protección al consumidor financiero, aplicables dependiendo de la naturaleza del asunto. Veamos:

- *El artículo 72 literal f), los artículos 97, 98¹⁵⁰, 99 y 100 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.*
- *La Ley 546 de 1999 mediante la cual se consagró un nuevo sistema de financiación de vivienda individual a largo plazo*
- *La ley de 1266 de 2008 conocida como de habeas data*
- *Los decretos sobre Defensores del Consumidor Financiero DCF (en su momento 690 de 2003 y 4759 de 2005 y ahora 2281 de 2010 recogido por el 2555 de 2010 y también el 3993 de 2010 sobre el ejercicio de la función de conciliación).*
- *Las instrucciones de la SFC incluidas en la Circular Básica Jurídica, de las cuales pueden citarse las siguientes:*
 - o *La Circular Externa 045 de 2006 en virtud de la cual se obliga a las entidades vigiladas a remitir la estadística de quejas*
 - o *Las Circulares 052 de 2007 y 022 de 2010 sobre seguridad y calidad en canales de operaciones.*
 - o *Las Circulares relativas a la Defensoría del Consumidor Financiero (Circulares 016 y 18 de 2010) y al Sistema de Atención al Consumidor Financiero SAC (C.E. 015 de 2010)."*

Entonces, el punto de partida con respecto al consumidor financiero, es saber que este tiene una regulación especial, la cual está contenida en su gran mayoría, en la ley 1328 de 2009, dicha norma, define al consumidor financiero como *“todo cliente, usuario o cliente potencial de las entidades vigiladas”* por la Superintendencia Financiera de Colombia, agregando que, se entiende por cliente *“la persona natural o jurídica con quien las entidades vigiladas establecen relaciones de origen legal o contractual, para el suministro de productos o servicios, en desarrollo de su objeto social”*, por usuario, *“la persona natural o jurídica quien, sin ser cliente, utiliza los servicios de una entidad vigilada”* y, por cliente potencial, *“la persona natural o jurídica que se encuentra en la fase previa de tratativas preliminares con la entidad vigilada, respecto de los productos o servicios ofrecidos por esta”*. En otras palabras, es consumidor financiero, aquel que tenga algún tipo de relación legal o contractual con una entidad vigiladas por la Superintendencia Financiera, siempre que, la relación se base en proporcionar bienes o servicios que estén bajo su objeto social¹⁵¹.

A propósito, *“Paralelo entre el Estatuto General de Protección al Consumidor y el régimen especial de Protección al Consumidor Financiero. La noción de consumidor en general –en el estatuto General de Protección al Consumidor- y de consumidor financiero en particular –en la Ley 1328 de 2009- no son excluyentes sino coincidentes; el punto diferenciador pareciera estar dado precisamente por el servicio ofrecido por las entidades vigiladas por la SFC, tratándose naturalmente de servicios financieros, por la especialidad de materia que desarrolla. En materia de protección al consumidor financiero se debe determinar en cada caso en particular la viabilidad de acudir a lo normado en el Estatuto General de Protección al Consumidor frente a situaciones no cubiertas por la regulación especial, para lo cual se requiere conocer ex ante el caso particular”*¹⁵².

Ahora, esa relación de consumo, tiene cargas especiales de información que debe proporcionársele a este tipo de consumidor, pues se trata aquí, de operaciones desarrolla mediante sistemas de financiación, entendiendo la palabra ‘crédito’, como el producto financiero que tiene intrínseca una complejidad técnica que el usuario común no conoce; por ende, estaríamos frente a una contratación donde sus partes desde un inicio, tienen asimetría informativa y por ello, es que es necesario una regulación especial, todo en aras de proteger al consumidor y restablecer el equilibrio entre las partes. Así lo ha dicho la Superintendencia de Industria y Comercio:

“Pues bien, en el artículo 23 de la Ley 1480 de 2011, se consagra el derecho en favor de los consumidores de obtener información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea respecto de los productos que se ofrecen.

De igual manera, el artículo 45 de la misma Ley, hace referencia a la obligación de las personas naturales o jurídicas que celebran operaciones de crédito, de informar en términos de tasa efectiva anual, los intereses remuneratorios y

moratorios, estipulados para el producto financiero que ofrecen.

Lo anterior, teniendo en cuenta que los intereses son el cobro que se realiza por ceder el beneficio de hacer uso del dinero y en consecuencia, son un factor objetivo determinante en la decisión que estructura cualquier relación de consumo de servicios financieros.

En ese sentido, la obligación en referencia emerge como un mecanismo trascendental del Estatuto, puesto que permite equilibrar la notoria asimetría en la que inicialmente se encuentra el consumidor frente al proveedor de servicios financieros”¹⁵³.

En relación a lo anterior, y adentrándonos un poco más en el tema, es pertinente señalar, que el artículo 8° de la ley 1328, establece que las entidades vigiladas tienen el deber de implementar un Sistema de Atención al Consumidor Financiero (SAC), que tenga políticas, procedimiento y controles que han de ser adoptados por la entidad con el fin de proteger al consumidor. Dicho sistema, busca garantizar la debida atención al consumidor, incluyendo el tema de quejas.

“La debida atención la define el instructivo como:

(...) el conjunto de actividades que desarrollen las entidades vigiladas con el objeto de propiciar un ambiente de protección y respeto por los consumidores financieros. Para ello, deberán establecer mecanismos que propendan por la observancia de los principios orientadores en materia de protección de los derechos del consumidor financiero y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la normatividad vigente”¹⁵⁴.

Puntualicemos que, los medios establecidos al consumidor deben por supuesto garantizar un fácil acceso a la entidad, para que las reclamaciones sean recibidas de manera expedita. Como respuesta a tales exigencias, tenemos que, “el consumidor financiero tiene tres instancias allende la justicia ordinaria para interponer su reclamación: ante la misma entidad vigilada con la que se estableció la relación comercial y es la primera llamada a resolver de fondo y con claridad la queja (dada la inmediatez propia de los negocios y situaciones asociadas a la prestación de los servicios, entre otros aspectos operativos), ante el Defensor del Consumidor Financiero de la entidad y, ante la Superintendencia Financiera. La reclamación puede ser interpuesta concomitantemente en cada una de estas instancias para que cada una, dentro del ámbito de sus competencias, den una respuesta clara y oportuna al cliente, usuario o potencial cliente de las entidades sometidas a la vigilancia de esta Superintendencia”¹⁵⁵.

¹⁵³ Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura para la Protección del Consumidor. Resolución No. 7495 de 22 de febrero de 2016., p. 33.

¹⁵⁴ Superintendencia financiera. Concepto 2011019144-001 del 30 de marzo de 2011.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

Cabe indicar que, “el numeral e) del artículo 5 de Ley 1328 de 2009, relativo a los Derechos de los Consumidores Financieros, establece que los clientes y usuarios de las entidades vigiladas están facultados para:

‘(...) Presentar de manera respetuosa consultas, peticiones, solicitudes, quejas o reclamos ante la entidad vigilada, el defensor del Consumidor Financiero, la Superintendencia Financiera de Colombia y los organismos de autorregulación’

En consonancia con lo anterior, el literal e) del artículo 7 de la misma Ley, previsión que hace relación con las Obligaciones Especiales de las entidades vigiladas, establece como una de ellas la siguiente:

‘(...) Atender y dar respuesta oportuna a las solicitudes, quejas o reclamos formulados por los consumidores financieros, siguiendo los procedimientos establecidos para el efecto, las disposiciones consagradas en esta ley y en las demás normas que resulten aplicables. (Subrayado por fuera del texto)’¹⁵⁶.

Por una lado, el artículo 13 de la misma legislación nos habla de la Defensoría del Consumidor Financiero, institución encargada de ‘conocer y resolver en forma objetiva y gratuita para los consumidores, las quejas que estos le presenten, dentro de los términos y el procedimiento que se establezca para tal fin, relativas a un posible incumplimiento de la entidad vigilada de las normas legales, contractuales o procedimientos internos que rigen la ejecución de los servicios o productos que ofrecen o prestan, o respecto de la calidad de los mismos’. Por otro lado, sirve ‘como conciliador entre los consumidores financieros y la respectiva entidad vigilada’¹⁵⁷; para el efecto, el consumidor financiero y la entidad vigilada podrán poner el asunto en conocimiento del respectivo Defensor, indicando de manera explícita, su deseo de que el caso sea atendido en desarrollo de la función de conciliación.

Tenemos entonces que, *“el Defensor del Consumidor Financiero DCF es una institución orientada a la protección especial de los consumidores financieros, con funciones que son regladas de origen legal, que son las siguientes: “atención y vocería de los consumidores financieros, resolución de quejas, actuar como conciliador, hacer recomendaciones a la entidad vigilada y proponer modificaciones normativas a las autoridades.”¹⁵⁸.*

156

Ibidem.

157

Ley 1328 de 2009, Artículo 13°

158

Superintendencia Financiera de Colombia. En Concepto 2012106757-001 del 20 de diciembre de 2012.

Adicionalmente a estas funciones, debe existir independencia y autonomía, en su ejercicio, sin embargo, sobre el particular se cuestiona mucho estas dos características, pues si bien el defensor del consumidor financiero actúa como conciliador entre los consumidores financieros y la respectiva entidad vigilada, y lo hace gobernado por los requisitos exigidos en la ley 640 de 2001, para los conciliadores en general; cuando de resolver las quejas presentadas, aunque de alguna forma apoya al consumidor financiero en su proceso de queja, este *“no decide ni vincula su pronunciamiento a la entidad para que esta lo acoja, esto es, podría tenerse como un primer intento por proteger al consumidor financiero, pero este queda sujeto a lo que la entidad a bien tenga decida o que el cliente tenga que acudir a la vía judicial, que es bastante demorada y congestionada”*¹⁵⁹.

Por eso, al analizar la naturaleza jurídica, alcance y funciones de la Defensoría del cliente, es importante traer a colación las consideraciones de la Corte Constitucional al respecto:

“(…) La facultad esencial del defensor del cliente (…) es, para todos los efectos, distinta a la de inspección y vigilancia, pues no tiene la competencia expresa para imponer sanciones ni para declarar responsabilidad administrativa. Por el contrario, su función se restringe a la de ser el vocero de los usuarios ante las entidades vigiladas y a la de conocer y resolver las quejas relacionadas con la prestación de los servicios.

*Esto indica que el defensor del cliente es una instancia mediadora al interior de las entidades financieras, que busca promover la solución ágil de las quejas presentadas por los usuarios ante la entidad, servir de instancia de autocomposición de conflictos y procurar que ciertos asuntos sean tratados por la entidad y el cliente, aunque ello no elimine la competencia de la Superintendencia Bancaria”*¹⁶⁰.

Por otra parte, como ya dijimos, el consumidor financiero tiene la opción de ir ante la Superintendencia Financiera, es por ello que, *“en Colombia existe la Dirección de Protección al Consumidor Financiero, como función de la Superintendencia Financiera de Colombia, cuya creación se encuentra inmersa en el Decreto 4327 de 2005 (hoy incorporado en el Decreto Único 2555 de 2010), y que hasta el momento ha desempeñado una labor importante e interesante en materia de protección al cliente financiero, por ejemplo ha logrado, entre otras actividades, clasificar y establecer categorías para quejas y reclamos que son atendidas por dicha entidad, especialmente aquellas que tienen relación con el manejo de los medios transaccionales, a fin de que se pueda obtener el consolidado de los principales motivos de reclamaciones que periódicamente se reciben en las entidades financieras, sin embargo se requieren de muchos esfuerzos aún para proteger al consumidor financiero que quizás no pueden ser mayores gracias a la estructura de la Superintendencia que está dirigida como se dijo anteriormente más a proteger al sector de manera primordial”*¹⁶¹.

¹⁵⁹ Muñoz Correa S., Sarmiento Estresa, J. (2016). Análisis de la protección al consumidor financiero en transacciones electrónicas bancarias en Colombia. (Trabajo de grado, Universidad Cooperativa de Colombia): Recuperado de: <https://repository.ucc.edu.co/bitstream/20.500.12494/1861/1/ANÁLISIS%20DE%20LA%20PROTECCIÓN%20AL%20CONSUMIDOR%20FINANCIERO%20EN%20LAS%20TRANSACCIONES%20ELECTRÓNICAS%20BANCARIAS%20EN%20COLOMBIA.pdf>

¹⁶⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-1150 del 2 de diciembre 2003, M.P: Dr. Eduardo Montealegre.

¹⁶¹ Muñoz Correa S., Sarmiento Estresa, J. (2016). Análisis de la protección al consumidor financiero en transacciones electrónicas bancarias en Colombia. (Trabajo de grado, Universidad Cooperativa de Colombia): Recuperado de: <https://repository.ucc.edu.co/bitstream/20.500.12494/1861/1/ANÁLISIS%20DE%20LA%20PROTECCIÓN%20AL%20CONSUMIDOR%20FINANCIERO%20EN%20LAS%20TRANSACCIONES%20ELECTRÓNICAS%20BANCARIAS%20EN%20COLOMBIA.pdf>

Refiere la Superintendencia financiera que:

“La Dirección de Protección al Consumidor Financiero, como área estratégica, tiene asignadas varias funciones relacionadas con la formulación de políticas, instrumentos y directrices encaminados a la tutela de los consumidores financieros. Ahora, la atención de situaciones individuales que se presenten en casos concretos y que los consumidores financieros pongan de presente respecto de determinada entidad son conocidas directamente por las Delegaturas, como áreas misionales, siendo actualmente las encargadas de atender las quejas y consultas específicas según materia y contenido”¹⁶².

Por último, Sabemos ya, que la Superintendencia Financiera es la entidad encargada de ejercer vigilancia, inspección y control sobre las relaciones financieras, entre muchas de sus funciones, están las funciones de carácter jurisdiccionales y sancionadoras a las que vale la pena referirnos.

En lo que toca con la función jurisdiccional, recordemos, que el consumidor financiero en aras de proteger sus derechos, tiene la posibilidad de interponer acciones jurisdiccionales como los son, las acciones de grupo, populares y acción de protección al consumidor, entre otras, mientras que las dos primeras pueden ejercerse ante un juez de la República, la última puede ejercerse, igualmente ante el juez o ante una autoridad administrativa con funciones jurisdiccionales, aquí es donde se ejerce la función jurisdiccional de la SFC, no obstante, debemos decir que también se ejerce entre muchas, cuando esta conoce las acciones a las que se refiere el numeral 8° del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

La Corte constitucional señaló:

“La ley puede conferir atribuciones judiciales a las autoridades administrativas, pero siempre y cuando los funcionarios que ejercen concretamente esas competencias no sólo se encuentren previamente determinados en la ley sino que gocen de la independencia e imparcialidad propia de quien ejercita una función judicial.”¹⁶³

¹⁶² Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2012047014-001 del 6 de julio de 2012.

¹⁶³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1641 del 29 de noviembre de 2000. Magistrado ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

En concordancia, la Superintendencia Financiera, mediante concepto manifestó:

*“La atribución legal de facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Financiera de Colombia se encuentra delimitada al conocimiento de controversias ‘...relacionadas exclusivamente con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales que asuman con ocasión de la actividad financiera, bursátil y aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público’”*¹⁶⁴.

En cuanto, a la potestad sancionadora, ha recalcado la Corte que:

*“A partir de los fines generales de organización y funcionamiento de la administración, la Superintendencia Financiera de Colombia cuenta con la facultad de expedir determinados reglamentos técnicos, lo que ‘lleva aparejada la competencia para velar por el cumplimiento de aquéllos, lo cual implica el adelantamiento de los correspondientes procedimientos administrativos encaminados a imponer sanciones en caso de incumplimiento de los mismos’”*¹⁶⁵

Finalmente, cabe decir, que la normatividad y la jurisprudencia que abarcan el tema de las relaciones consumidor-entidades vigiladas por la SFC es amplia, por ejemplo, en temas de honorarios, regulaciones bancarias, cláusulas abusivas, interés; todos temas que son arduos y complejos al ser tan técnicos, por ende, considero que tratarlos merecería un libro al respecto, o como mínimo, un capítulo de uno; por tal motivo, no es posible abarcarlo todo, en el espacio que destine para ello.

Consumidor de Servicios Públicos

En desarrollo del artículo 365 de la Constitución Política de Colombia, *“La jurisprudencia ha señalado que la prestación de los servicios públicos entraña ‘la concreción’ material o técnica de la cláusula Estado Social de Derecho (art. 1º Superior)”*¹⁶⁶, pues, tal y como lo señala la norma, los servicios públicos son inherentes a esa finalidad social del Estado; es por ello que, la protección al consumidor de servicios públicos debe ser forzosamente regulada y controlada por aquel¹⁶⁷; además, se ha concebido el servicio público de función pública como una actividad económica de interés general, dándole así, un alcance mayor a la importancia de su regulación, elevándose de tal forma, a rango constitucional la protección de los consumidores y usuarios, y dotando *“al legislador de un sólido fundamento para crear nuevos instrumentos que amplíen el universo propio de su defensa en el ordenamiento nacional”*¹⁶⁸.

¹⁶⁴ Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2012025006-002 del 16 de mayo de 2012.

¹⁶⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-909 del 7 de noviembre de 2012. Magistrado ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

¹⁶⁶ Sánchez Luque, G.,(2013).La protección del consumidor de servicios públicos domiciliarios: una aproximación desde la Constitución Política de 1991. En Archila Peñalosa, E.J., Arrubla Paucar, J. A., Camacho López, M. E., Correa Henao, M., Caycedo Espinel, C. G., Jaeckel Kovács, J., López Álvarez, A. L., Montoya Naranjo, C. M., Peña Valenzuela, D., Santofimio Gamboa, J. O., Salgado Ramírez, C., Sánchez Luque, G., Stiglitz, G., Valbuena Rojas, C. L., Velandia Castro, M. Perspectivas del Derecho del Consumo (Pág. 607). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

¹⁶⁷ Al respecto, véase las sentencias T 540 de 1992, C 663 de 2000 de la Corte Constitucional, o del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, las sentencias AP 968 de 2002 y AP 254 de 2005.

¹⁶⁸ Sánchez Luque, Op. Cit., p. 602.

Por lo anterior, se ha creado un ente encargado de velar por la defensa y efectividad de los derechos del consumidor en este sector, que es la Superintendencia de Servicios Públicos, que según la jurisprudencia constitucional, interviene *“para defender la participación y los derechos de los usuarios [y] vigila y controla el cumplimiento de los contratos con los usuarios (...) tiene poderes sancionatorios para ejercer la defensa de los derechos de los usuarios, cuando han sido lesionados por las empresas de servicios públicos”*¹⁶⁹.

En cuanto al tema de las tarifas que deben soportar los usuarios, la Corte Constitucional, *“al evaluar la constitucionalidad del procedimiento para la adopción y modificación de las fórmulas tarifarias, con apoyo en lo prescrito en el artículo 78 superior, condicionó la exequibilidad del numeral 124.2 del artículo 124 y del artículo 127 de la ley 142 para garantizar la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios dentro del procedimiento administrativo de adopción o modificación de la formula tarifaria (Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 2003)”*¹⁷⁰. Al respecto, en lo que refiere a ese régimen tarifario, *“el criterio de solidaridad previsto en artículo 368 C.P, fue ampliamente desarrollado-desde el punto de vista legal- por la ley 142 de 1994”*¹⁷¹; a través de instrumentos como la ampliación de ciertos factores a usuarios de estratos altos e industriales y comerciales, o mediante los subsidios directos que han de incorporarse a los respectivos presupuestos, teniendo también como referente la estratificación socioeconómica¹⁷². Al efecto, ha dicho la Corte que:

*“La política de subsidios ... es uno de los medios a disposición del Estado social de derecho al cual éste puede recurrir con el objeto de asegurar su prestación a las personas de menores recursos que, por esa circunstancia, sin el apoyo estatal, quedarían marginados”*¹⁷³.

En relación con esto, se ha partido del supuesto de que:

*“El desequilibrio y la asimetría en la relación consumidor-empresa son mayores en este ámbito, habida cuenta que una amplia parte de la población no tiene los recursos suficientes para sufragar el pago de su consumo básico de subsistencia. Al efecto se previeron en la constitución una serie de medidas particulares a favor de los usuarios de menores recursos. Diferenciación positiva”*¹⁷⁴, que está en plena consonancia con el mandato dinámico de la cláusula de igualdad constitucional (inciso segundo del artículo 13 superior), *clausula transformadora* que encuentra en este ámbito un desarrollo normativo particular que busca poner remedio a una igualdad de hecho que se predica de los usuarios pobres en plena consonancia con el principio constitucional de solidaridad (art. 1º). Este postulado fundamental es explícitamente retomado como una expresión de *‘justicia retributiva’*¹⁷⁵ para el ámbito de los servicios públicos por los artículos 366, 367 y 368 de la Carta, y que debe verse reflejada en la inversión social propietaria¹⁷⁶, mediante la concesión parcial de subsidios a los usuarios de menores recursos”¹⁷⁷.

169 Corte Constitucional, Sentencia C-599 de 1996.

170 Sánchez Luque, Op. Cit., p. 605.

171 Ibidem.

172 Ibidem.

173 Corte constitucional, Sentencia C-566 de 1995.

174 Ibidem.

175 Corte constitucional, Sentencia C-580 de 1992.

176 Corte constitucional, Sentencia C-151 de 1995.

177 Sánchez Luque, Op. Cit., p. 610.

Lo anterior para decir que *“aunque la calidad del servicio y su precio son también elementos determinantes del Derecho de consumo en el sector de los servicios públicos”¹⁷⁸, la forma como se aproxima el constituyente es muy diferente al de las otras actividades económicas”¹⁷⁹.*

En relación con ese régimen singular de protección del consumidor de este sector de la economía, la jurisprudencia ha contemplado que:

“Las leyes 142, 143 y 689 de intervenciones económica entrañan un régimen especial, tanto desde la perspectiva de los operadores como desde la óptica del consumidor, en materia de derecho de la competencia”¹⁸⁰.

Veámonos como modo de ejemplo algunas referencias que han dado la doctrina y la jurisprudencia, en cuanto a la variedad de mecanismos y acciones con las que cuenta el consumidor de servicios públicos, para acceder a sus derechos.

En cuanto a la acción popular:

“En desarrollo de estas acciones populares, han sido muchas las providencias judiciales producidas a favor del consumidor de servicios públicos que merecen destacarse y que, dados los amplios poderes del juez de la acción popular (art. 34 Ley 472 de 1998), constituyen una herramienta muy poderosa en defensa de los derechos del consumidor en este sector de la económica, Así el Consejo de estado ordenó al Distrito Capital de Bogotá la modificación de un contrato de concesión de aseo para excluir un componente (tratamiento) del área de servicios exclusivo entregada (ASE)”¹⁸¹ (...)

Otra decisión significativa, que por demás fue reiterada en múltiples oportunidades a favor del consumidor de los servicios públicos domiciliarios, es la relativa a la constitución y puesta en funcionamiento del esquema de los fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos (FSRI), esta jurisprudencia dejó sentadas las bases de una vigorosa defensa en el sistema de subsidios y contribuciones, como pilar fundamental de la defensa del consumidor de los servicios públicos domiciliarios).

En este sentido, el Consejo de Estado encontró procedente que, mediante acción popular, se logre el efectivo funcionamiento de dichos fondos (...)”¹⁸².

178 Consejo de Estado, Sala en lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP 020 de 2004.

179 Sánchez Luque, Op. Cit., p. 613.

180 Consejo de Estado, Sala en lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP 004 de 2007 y AP 254 de 2005.

181 Consejo de Estado, Sala en lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP 888 de 2008.

182 Sánchez Luque, Op. Cit., p. 625.626.

“De la previsión de los derechos colectivos de los consumidores o usuarios (...) de los servicios públicos domiciliarios (...) se sigue que su infracción en ocasiones comporta la declaratorio de responsabilidad por su desconocimiento y, por ende, su consecuencial reparación”¹⁸³.

En cuanto a la acción de grupo:

“ (...) Es perfectamente procedente interponer la acción de grupo (así no se haya agotado la sede de defensa individual en la empresa) cuando se presenten deficiencias en la prestación de los mismos, respecto de un numero plural de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas, en asuntos que afectan la prestación de los servicios o la ejecución del contrato, como son los actos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación que realice la empresa, con el objeto exclusivo de obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios (art. 3 y 46 de la ley 472)”¹⁸⁴

“La práctica judicial comienza a mostrar las bondades efectivas de la acción de grupo para el consumidor de los servicios públicos, como que puede perfectamente ejercer este medio de control, sin perjuicio de que el usuario haya agotado o no la sede de la empresa mediante los recursos correspondientes, pues la defensa individual no inhibe –ni puede hacerlo- la tutela colectiva de los derechos del usuario”¹⁸⁵.

En cuanto a la acción de cumplimiento:

“Como es sabido, la acción de cumplimiento (...) está concebida para que cualquier persona pueda acudir ante la autoridad judicial y haga efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo, esto es, para ‘combatir la falta de actividad de la administración’¹⁸⁶.

“(...)La acción de cumplimiento es procedente para exigir la operancia del silencio administrativo positivo cuando la empresa prestadora del servicio público domiciliario no hubiere resuelto las peticiones, quejas y recursos dentro del término y en las condiciones señaladas por el artículo 158 de la ley 142 de 1994(...)”¹⁸⁷.

183 Consejo de Estado, Sala en lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AG 016 de 2011.

184 Consejo de Estado, Sala en lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AG 016 de 2011.

185 Sánchez Luque, Op. Cit., p. 637.

186 Ibídem.

187 Consejo de Estado, Sala en lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia ACU 2931 de 2005. En el mismo sentido la Sección Tercera Sentencia ACU-1222 de 2002; Sentencia ACU-1118 de 2002; Sección Segunda, Subsección A, Sentencia ACU- 1189 de 2002; ACU-2487 de 2003; ACU- 575 de 2003 y Sección cuarta, Sentencia ACU-1579 de 2003.

En cuanto a la acción de tutela:

“En cuanto refiere a la acción de tutela es incontestable que el propio texto constitucional prevé que la ley establecerá los casos en que esta procede contra particulares encargados de un servicio público (artículo 86 superior)”¹⁸⁸.

“La acción de tutela procede contra particulares que prestan un servicio público (...). En consecuencia, si un particular asume la prestación de un servicio público- como de hecho lo autoriza el artículo 375 superior. O si la actividad que cumple puede revestir ese carácter, entonces esa persona adquiere una posición de supremacía material- con relevancia jurídica- frente al usuario; es decir, recibe unas atribuciones especiales que rompen el plano de igualdad referido, y que, por ende, en algunos casos, sus acciones u omisiones pueden vulnerar un derecho constitucional fundamental que requiere de la inmediata protección judicial”¹⁸⁹.

Consumidor de Vivienda

“La Corte Constitucional ha explicado que el derecho a gozar de una vivienda digna es un derecho fundamental autónomo de todos los colombianos¹⁹⁰, que “se define como aquel que se dirige a satisfacer la necesidad humana de disponer de un sitio de residencia adecuado, propio o ajeno, que ofrezca condiciones suficientes para que sus habitantes puedan realizar su proyecto de vida de manera digna”¹⁹¹.

Por su parte, La Superintendencia de Industria y Comercio ha manifestado que la compra de vivienda *“implica algo más que adquirir un bien para satisfacer una necesidad propia privada, se trata por lo regular de satisfacer una opción de vida para el propietario y su familia”¹⁹².*

Es por eso, que La Corte Constitucional ha expuesto que, como derecho fundamental, el derecho a la vivienda merece ser protegido por vía de la acción de tutela en:

“i) todas las facetas de abstención, 2) las esferas prestacionales que no supongan costos elevados, 3) las dimensiones que han sido objeto de precisión legislativa o reglamentaria, así como 4) para suplir espacios de indeterminación o lagunas persistentes a pesar de aquellos desarrollos”¹⁹³.

188 Sánchez Luque, Op. Cit., p. 639.

189 Corte Constitucional, Sentencia C-134 de 1994, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

190 Archila Peñalosa, E.J., (2017). La institucionalidad en el DERECHO del CONSUMO y metodología para la evaluación y seguimiento de la regulación. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

191 Corte Constitucional. Sentencia C-359 de 2013.

192 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 9149 de 2014.

193 Corte Constitucional. Sentencia C-493 de 2015.

Y es que, para la Corte Constitucional, *“(...) quienes han logrado acceder a una vivienda digna tiene un derecho susceptible de protección constitucional, en orden de evitar que conductas u omisiones de terceros obstaculicen su pleno disfrute [...]”*¹⁹⁴.

Y como consecuencia de ello, La Corte Suprema de Justicia ha dejado entrever que, las acciones constitucionales se pueden ejercer con independencia a las acciones administrativas, pues en Sentencia de 7 de octubre de 2016, SC14426-2016, Radicación n° 41001-31-03-004-2007-00079-01, estableció que:

“El evidente auge de la construcción de inmuebles y la existencia de normas que regulan específicamente su desarrollo, así como las obligaciones y parámetros técnicos a seguir, y la especialización de roles al interior de esa actividad que permite identificar sujetos distintos del constructor, tales como promotores inmobiliarios, dueños de la obra, vendedores, gerentes de proyecto, financiadores, arquitectos, ingenieros de suelos, ingenieros calculistas,

diseñadores de elementos estructurales y no estructurales, e interventores o supervisores técnicos, entre otros, ha determinado que cuando dichos bienes presenten deficiencias, sean diversas las opciones del adquirente para reclamar su protección en relación con los varios intervinientes.

De este modo, en relación con el vendedor, el comprador de la vivienda puede denunciar la presencia de vicios ocultos o redhibitorios y perseguir la rescisión de la venta, la disminución proporcional del precio o la indemnización de los perjuicios causados (arts. 1917 y 1918 C.C.), la resolución o rebaja del importe acordado tratándose de compraventa mercantil (arts. 934 y 397 C. Co.).

Respecto del constructor también puede denunciar el incumplimiento de las normas técnicas especiales relativas a la idoneidad, calidad y seguridad del bien ante las autoridades administrativas competentes para que sean impuestas las sanciones correspondientes, o solicitar la efectividad de la garantías de eficiencia y calidad, cuya protección procura el Estatuto del Consumidor y el artículo 78 de la Constitución Política, que consagra en beneficio del consumidor la exigencia de la «calidad de bienes y servicios».

Adicionalmente, puedesolicitarlaproteccióndelosderechoscolectivosreconocidos en los literales l) y m) del artículo 4° de la Ley 472 de 1998, correspondientes a los de «seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente», y la obligación de realizar «las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes», procurando la adopción de las medidas pertinentes.

194

Corte Constitucional. Sentencias T-308 de 1993 y T- 373 de 2003.

A los otros sujetos que participan en el proceso constructivo puede atribuirles la obligación de reparar los daños causados con su conducta, la cual es independiente de la que recae sobre la persona que, en definitiva, está a cargo de todo el proceso constructivo, frente a quien, ninguna de esas actuaciones impide perseguir el resarcimiento de los perjuicios ocasionados por vicios en la construcción, previa declaración de su responsabilidad civil, regulada únicamente por el numeral 3° del artículo 2060 y el canon 2351 del ordenamiento sustantivo de esa especialidad” -Se subraya y resalta-“¹⁹⁵

Como consecuencia de lo anterior, existe “Para el sector vivienda, existe una división temática artificial para determinar cuál autoridad es competente para resolver los conflictos relacionados con esas relaciones de consumo, pues”¹⁹⁶, “no existe una autoridad especializada capaz de crear ‘derecho viviente’, como postura dominante sobre los alcances de derechos y obligaciones en derecho de consumo”¹⁹⁷.

Como un caso de ejemplo está el caso “Bariloche Conjunto Residencial”¹⁹⁸, en el que La Superintendencia- en sede de apelación- hizo referencia a la posibilidad de hacer cambios en la publicidad, según se requiriera por las condiciones de la construcción. Esa entidad Expresó que ‘es menester advertir que los cambios que se hagan con posterioridad a lo que inicialmente es publicitado, no están prosritos por las normas de protección al consumir, solo se exige de aquellas variaciones para que gocen total oponibilidad y validez, que se hagan en las mismas condiciones y con igual notoriedad con las que se habían enunciado originalmente [...]’

De conformidad con la doctrina de la SIC, i) los cambios deben publicarse e informarse de la misma forma y con la misma notoriedad que lo inicialmente publicitado; ii) deben contar con los permisos de los curadores o cualquier otra autoridad competente, si es necesario por la naturaleza del cambio; iii) deben obedecer a razones técnicas o de convivencia económica, y no al simple capricho del constructor; iv) deben existir en el contrato alguna faculta que el constructor se haya reservado en ese sentido, a la cual el comprador haya consentido; y v) los cambios en ningún momento pueden constituir o general un perjuicio para el comprador, ni desdibujar la vivienda frente a lo proyectado objetivamente para el consumidor”¹⁹⁹

Como ilustración y aplicación de lo expuesto, también tenemos los casos Bosques de Castilla ²⁰⁰ y Casas de Brantevilla²⁰¹.

195 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (7 de octubre de 2016) Sentencia SC14426-2016, Radicación n° 41001-31-03-004-2007-00079-01. M.P: Ariel Salazar Ramírez.

196 Archila Peñalosa, E.J., (2017). La institucionalidad en el DERECHO del CONSUMO y metodología para la evaluación y seguimiento de la regulación. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

197 Corte Constitucional. Sentencias C-557 de 2001 y C-537 de 2010.

198 Superintendencia de Industria y comercio. Resolución 11230 de 2015.

199 Archila Peñalosa, E.J., (2017). La institucionalidad en el DERECHO del CONSUMO y metodología para la evaluación y seguimiento de la regulación. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Pág. 144-145.

200 La Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 28426 de 2014.

201 La Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 40923 de 2014.

Ahora, Para la SIC *“todos aquellos sujetos que intervienen en la cadena de producción están llamados a soportar la solidaridad pasiva prevista en la Ley 1480 de 2011, por mandato legal”*²⁰²²⁰³; llámese Constructor, Diseñador Arquitectónico, diseñador de elementos no estructurales, diseñador estructural, ingeniero geotecnista, propietario, revisor de diseños, etc. *“Este entendimiento fue retomado en el caso del edificio Space, al considerar que ‘en la categoría de productor se engloban todos los agentes que participan en su construcción, por para el consumidor, a quien finalmente se le ofreció y posteriormente adquirió un bien que adolecía de la calidad prometida que puso en riesgo su vida, su salud y su integridad, todos estos agentes resultaron equivalente, pues todos participaron en la producción”*²⁰⁴²⁰⁵.

Al respecto, se referencia el caso Bosques del Rosario²⁰⁶; así como el fallo proferido por el Consejo de Estado–Sala de lo Contencioso Administrativo–Sección Primera. Santafé de Bogotá, D.C., el trece (13) de noviembre de mil novecientos noventa y seis (1996). Consejero Ponente: Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz Referencia: Expediente No. 4033. En el que decidió el Recurso de apelación contra la sentencia de 9 de mayo de 1996, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actora: Urbanizadora El Cortijo S.A

Véase la Resolución 70087 de 2014 de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre la forma de determinar el hecho generador de responsabilidad para el conteo de caducidad.

Consumidor de Aéreo

“La Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil- Aerocivil, en su calidad de Autoridad Aeronáutica, es la encargada de la inspección, vigilancia y control de la actividad.

En tal sentido el artículo 1856 del Código de Comercio dispone:

*‘ARTICULO 1856 PERMISO DE OPERACION A LAS EMPRESAS. Corresponde a la autoridad aeronáutica, de conformidad con lo determinado por los reglamentos, el otorgamiento del permiso de operación a las empresas que efectúen servicios aéreos comerciales, así como **la vigilancia e inspección para la prestación adecuada de tales servicios**’.*

202 Corte Constitucional. Sentencia C-1141 de 2000. Ley 1480 de 2011, artículo 6.

203 Archila Peñalosa, E.J., (2017). La institucionalidad en el DERECHO del CONSUMO y metodología para la evaluación y seguimiento de la regulación. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Pág. 148-149

204 Resolución 103661 de 2015.

205 Archila Peñalosa, E.J., (2017). La institucionalidad en el DERECHO del CONSUMO y metodología para la evaluación y seguimiento de la regulación. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Pág. 149

206 La Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 64490 de 2013.

Así mismo, establece el artículo 1782 del Código de Comercio:

'ARTICULO 1782 AUTORIDAD AERONAUTICA. Por "autoridad aeronáutica" se entiende el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil o la entidad que en el futuro asuma las funciones que actualmente desempeña dicha Jefatura.

Corresponde a esta autoridad dictar los reglamentos aeronáuticos'

Por su parte el Decreto 260 del 28 de enero de 2004 'por el cual se modifica la estructura de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil -Aerocivil y se dictan otras disposiciones', le otorga, entre otras las siguientes funciones:

'Artículo 5º. Funciones de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil - AEROCIVIL. Son funciones generales de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil - Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil - AEROCIVIL, las siguientes: 5. Dirigir, organizar, coordinar, regular técnicamente el transporte aéreo. (...) 10. Expedir, modificar y mantener los reglamentos aeronáuticos, conforme al desarrollo de la aviación civil. (...)'²⁰⁷ "13. Intervenir y sancionar en caso de violación a los reglamentos aeronáuticos o a la seguridad aeroportuaria. (...)"²⁰⁸

Justamente, en atención a esa función reguladora citada, la Aeronáutica Civil expidió los REGLAMENTOS AERONAÚTICOS DE COLOMBIA – RAC, documento mediante el cual reglamenta la materia.

Dentro del mismo marco normativo, y en concordancia con el artículo previamente citado, la ley 105 de 1993 establece que, le corresponde a La Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil sancionar administrativamente a los particulares, personas naturales o jurídicas relacionadas con el sector, por violación de los reglamentos aeronáuticos y las demás normas que regulan las actividades del sector aeronáutico:

"ARTÍCULO 55. RÉGIMEN SANCIONATORIO. Corresponde a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, sancionar administrativamente a los particulares, personas naturales o jurídicas relacionadas con el sector, por la violación de los reglamentos aeronáuticos y las demás normas que regulan las actividades del sector aeronáutico".²⁰⁹

207 Superintendencia de Industria y Comercio, oficina de asesoría jurídica. Radicación: 16- 154940-00001-0000 Trámite: 113 Evento: 0 Actuación: 440. Folio 1. Jefe Asesora: Jazmin Rocio Soacha Pedraza.

208 Decreto 260 de 2004, artículo 5, numeral 13.

209 Ley 105 de 1993, artículo 55.

Entonces, las reclamaciones que se susciten en desarrollo de la prestación del servicio de transporte aéreo serán resueltas por la entidad aeronáutica como única Entidad competente del sector, por lo que se excluye a esta industria de la competencia determinada en la Ley 1480 de 2011²¹⁰. Como consecuencia de ello, “la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, es la autoridad competente para reglamentar la actividad aeronáutica mediante los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia –RAC- y sancionar administrativamente las infracciones a estos”.

Al respecto, sobre esa función de reglamentación de la AeroCivil, la Corte Constitucional manifestó que:

*“El transporte público aéreo es, por mandato de la ley, un servicio público esencial, lo que significa que el mercado económico que le es propio está altamente intervenido por el Estado. Esto con el fin de asegurar la seguridad, eficiencia, calidad y acceso equitativo a las prestaciones correspondientes. Además, para el ejercicio de esas actividades de intervención se ha previsto por el ordenamiento jurídico a la Aerocivil como autoridad aeronáutica, quien tiene la competencia para regular la actividad e, incluso, imponer sanciones en razón del incumplimiento de las reglas aplicables, en especial aquellas contenidas en los RAC. Estas funciones, al ser expresión del ejercicio del derecho administrativo sancionador, deben adelantarse con sujeción a los principios del debido proceso, entre ellos la legalidad de las conductas reprochables, las sanciones, los procedimientos y la definición de las autoridades competentes.”*²¹¹

Y, para poder garantizar ese servicio público esencial, es necesario, que esa inspección realizada por la autoridad aeronáutica, se extienda a todos los que intervengan en el desarrollo de las actividades que se realicen dentro de la industria aérea; así, lo establece el Código de Comercio en su artículo 1868:

*“La inspección de la actividad aeronáutica, con la finalidad de garantizar la estabilidad de la industria aérea y los intereses del público, se extiende también a los agentes de viajes, intermediarios u operadores de viajes colectivos, que usualmente explotan la industria del turismo en colaboración o en conexión con servicios aéreos”*²¹².

210 Ley 1558 de 2012, artículo 25

211 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-987 del 23 de noviembre 2012 de 2012. Magistrado ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

212 Código de Comercio, artículo 1868.

Ahora, la condición esencial de un servicio público²¹³, en palabras de la Corte Constitucional, se predica “cuando las actividades que lo conforman contribuyen de modo directo y concreto a la protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales”²¹⁴; y específicamente con respecto al transporte, la jurisprudencia constitucional ha indicado que “las actividades de las empresas de transporte por tierra, mar y aire, indudablemente son servicios públicos esenciales, porque están destinadas a asegurar la libertad de circulación (rt. 24 C.P.), o puede constituir medios necesarios para el ejercicio o la protección de otros derechos fundamentales”²¹⁵.

Sobre el tema, cabe traer a colación lo relacionado con el derecho de retracto y el desistimiento, así, el artículo 47 de la Ley 1480 de 2011 consagra la figura del retracto en los siguientes términos:

“Artículo 47. Retracto. En todos los contratos para la venta de bienes y prestación de servicios mediante sistemas de financiación otorgada por el productor o proveedor, venta de tiempos compartidos o ventas que utilizan métodos no tradicionales o a distancia, que por su naturaleza no deban consumirse o no hayan comenzado a ejecutarse antes de cinco (5) días, se entenderá pactado el derecho de retracto por parte del consumidor. En el evento en que se haga uso de la facultad de retracto, se resolverá el contrato y se deberá reintegrar el dinero que el consumidor hubiese pagado.

El consumidor deberá devolver el producto al productor o proveedor por los mismos medios y en las mismas condiciones en que lo recibió. Los costos de transporte y los demás que conlleve la devolución del bien serán cubiertos por el consumidor. El término máximo para ejercer el derecho de retracto será de cinco (5) días hábiles contados a partir de la entrega del bien o de la celebración del contrato en caso de la prestación de servicios. (Resaltado fuera de texto).

Se exceptúan del derecho de retracto, los siguientes casos:

proveedor deberá devolverle en dinero al consumidor todas las sumas pagadas sin que proceda a hacer descuentos o retenciones por concepto alguno. En todo caso la devolución del dinero al consumidor no podrá exceder de treinta (30) días calendario desde el momento en que ejerció el derecho.” (Resaltado fuera de texto)”²¹⁶.

213 Ley 336 de 1996 artículo 5. Califica expresamente el transporte aéreo como un servicio público esencial.

214 Corte Constitucional de Colombia. (4 de octubre de 1995) Sentencia C-450 de 1995, M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

215 Ibidem

216 Ley 1480 de 2011, artículo 47.

“El desistimiento es una figura comparable con el retracto establecido en la Ley 1480 de 2011- Estatuto del Consumidor, en tal sentido ha manifestado la doctrina:

*‘En compendio, sin abrogar por una identidad plena entre las figuras preexistentes al derecho de **retracto o desistimiento** en las relaciones de consumo y sin desconocer puntuales diferencias entre sí, no creemos que sea procedente enrolarse en una posición –que luce extrema-, signada por apartar todo antecedente de la temática sub examine, o por no convenir que, en lo aplicable, existen figuras que guardan cierta cercanía o por lo menos proximidad con el Derecho de retracto, v.gr: la revocación en sede del Derecho civil y comercial colombiano, como se indicó, obviamente respetando todas sus particularidades,*