

CONCLUSIONES

En una perspectiva normativa se presentaron los antecedentes del actual Estatuto de Protección al Consumidor, observando que ha sido latente la preocupación del legislativo por regular lo concerniente a esta actividad, hecho que se materializó en la Ley 73 (1981), denominada en su momento como Ley del Consumo.

En concordancia con lo arriba señalado, los Decretos 1441 y 3466 (1982) se encargaron del régimen de control y vigilancia de las ligas y asociaciones de consumidores, como también de los bienes y servicios ofrecidos en sus caracteres de idoneidad, calidad, marcas, leyendas, propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de los productores, expendedores y proveedores.

No obstante, las transformaciones sociales y jurídicas sumadas a los cambios constitucionales, conllevaron a redefinir el tema del consumo, otorgando una protección especial al consumidor; en una interpretación sistemática de la Ley 1480 de 2011, fruto del proyecto de Ley 252 de 2011 senado, 089 de 2010 cámara de representantes, se estimó: “(...) ser ajeno a los cambios ha intentado establecer entre consumidores y proveedores relaciones más equilibradas, generar un marco de respeto mutuo, aumen-

tar el crecimiento del mercado y beneficiar con su actividad y desarrollo a la comunidad”.

El garantismo, bandera del Estado Colombiano cobija también las relaciones de consumo y como se expresó en renglones anteriores para proteger al consumidor, estableciendo un marco de responsabilidades a cargo del productor o distribuidor de bienes y servicios, contenida en el artículo 20 de la Ley 1480. Esta normativa establece la responsabilidad solidaria entre el productor y el expendedor por los daños causados con motivo de los defectos que tengan los productos comercializados, imponiéndole como carga al consumidor según el artículo 21 la demostración del defecto del bien, la existencia del daño y el nexo causal entre ambos.

Todo el tema de la responsabilidad exigible a productor y expendedor se enmarca en la responsabilidad civil; esta tiene como génesis en los hechos jurídicos que traen consigo la obligación de resarcir, por haberse infringido daño o perjuicio patrimonial, resarcimiento que se materializa en una indemnización de perjuicios.

En la actualidad la responsabilidad, la imputación de responsabilidad en materia de consumo de estudiar a partir de la responsabilidad objetiva, entendida como la inobservancia de normas de cautela, se funda en un deber de comportamiento que espera del productor o expendedor, teniendo en cuenta la actividad que desempeña. Esta responsabilidad prescinde del requisito de la infracción como punto de partida, y no recurre a la culpa como criterio de imputación objetiva.

En la interpretación de los Estatutos del Consumidor, se destaca que sus fundamentos de aplicación son excluyentes, en razón a la implementación funcionalista de la constitución de 1991, que se deriva a su vez, del constitucionalismo contemporáneo abanderado de los derechos fundamentales, a partir de su interpretación fundada en principios constitucionales preestablecidos, imperativos categóricos orientados a preservar la máxima de la dignidad humana.

Sin embargo, y en un análisis académico del Estatuto de Protección al Consumidor, Ley 1480 de 2011, se concluye que no se presenta una derogatoria de las normas especiales de cada sector económico, ni establece obligaciones de resultado para todas aquellas circunstancias cuando resulte involucrado el consumidor con un productor o proveedor de cualquier producto o servicio, hecho que se considera poco acertado en un tema de vital trascendencia en el escenario económico.

El fenómeno socioeconómico de las pirámides o esquemas ponzi, que afectaron a gran parte de la clase media del país, es una manifestación más del ejercicio tardío de regulación estatal para este sector; se entiende por pirámide la estructura social que se sumerge en una red social, que se dota de información, relaciones, expectativas económicas de los individuos –su motor económico– y las circunstancias que traspasan la racionalidad limitada del individuo, aun colectiva¹.

Al analizar el escenario económico de la población económicamente activa en Colombia se puede evidenciar cómo la decisión de invertir en una pirámide o esquema *ponzi* sería irracional y con ocasión de ello, es posible establecer a favor del Estado un eximente de responsabilidad, al momento de querer accionar ante la jurisdicción con el objeto de recuperar el capital invertido. Considerar lo contrario, es decir, que el Estado sí es responsable conllevaría a incentivar y fortalecer el marco jurídico, económico y de comportamiento irracional o por lo menos oportunista para que sigan apareciendo estos esquemas fraudulentos e ilegales.

Ahora bien, la promesa de altas rentabilidades, esto es, por encima de la inflación y sin fluctuaciones, que rebasan por disímiles escenarios la racionalidad limitada, es responsabilidad exclusiva del individuo que decide invertir en los esquemas *ponzi* o piramidales, dado que es aquel, quien asume el riesgo limitado por la racionalidad del derecho.

1. “Una pirámide, entonces, es una estructura social temporal incrustada en una red social más amplia, a la que “explota”, en términos de contactos e información, para crecer”. (Salazar Trujillo & Franco Escobar, 2009, p. 90)

Bajo los anteriores argumentos, se reitera que no es posible endilgar responsabilidad al Estado por la entrega y posterior pérdida de dineros en los sistemas piramidales o *ponzi*, cuando la conducta que llevó al individuo a invertir en ellos, es ajena al querer estatal, se envuelve en la obtención de mayores intereses que los concedidos por el sector financiero, como también en omitir las obligaciones tributarias que resultaren de las ganancias, ocultando su capital al gobierno y al final pretendiendo que la justicia lo represente en su diversas causas.

Bajo una exploración cualitativa, se abordó el tema de las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, establecidas por mandato legal, bajo el postulado respeto irrestricto a la constitución, por cuanto el legislador no goza de libertad absoluta para configurar el régimen de los derechos de los consumidores, lo que implica que la prevalencia del derecho a la igualdad ampara los actores involucrados en las relaciones de mercado, en particular para el consumidor. Lo anterior implica que en el país para el caso en estudio se aplica el principio de libertad configurativa de los regímenes de protección especial, por cuanto se subordina al cumplimiento razonable de los principios y derechos que fundan el sistema de defensa instituido por la Constitución, cuya competencia reglamentaría se encuentra a cargo del órgano democrático

Ahora bien, la asignación de funciones judiciales en cabeza de una autoridad administrativa, requirió de una regulación especial: la Ley estatutaria 270 de 1996, artículo 13, posteriormente la Ley 1285 de 2009, dispuso el trámite procedimental a partir del respeto por la garantía al debido proceso, y así mismo, reguló que las sentencias o decisiones definitivas que en asuntos judiciales profirieran las autoridades administrativas son susceptibles de control jurisdiccional, todo en concordancia con el artículo 113 constitucional conforme al cual, aunque los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas, colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

Son amplios los pronunciamientos de la Corte Constitucional a este respecto, verbigracia: administrativas la sentencia C-117 de 2008 estableció que las funciones judiciales y administrativas de inspección, vigilancia y control, deben ser ejecutadas por funcionarios diferentes y que en todo caso, las facultades judiciales son excepcionales C-415 de 2002, T-302 de 2011 haciendo expresa consideración a que la asignación “debe ser precisa, de modo que la materia sobre la cual recaiga sea puntual, exacta, que no pueda extenderse ni confundirse”, bajo el ámbito de la preservación al debido proceso y las garantías procesales.

Entre tanto, el tema de la doctrina probable, regulada en la Ley 1340 de 2009 en su artículo 24, debe entenderse bajo una interpretación restrictiva; así lo señaló la sentencia de constitucionalidad,, lo que significa que se aplica únicamente para la competencia administrativa de la SIC en materia de protección de la libre competencia. Para el máximo tribunal constitucional no hay prohibición constitucional para que a través de la ley se pueda establecer la figura de la doctrina probable de carácter administrativo. No obstante esta doctrina no tiene carácter de inmutable, podrá variarla siempre y cuando motive el acto administrativo con razones suficientes para evitar la vulneración de los principios de igualdad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima, propios del Estado Social de Derecho.

Las funciones jurisdiccionales se realizan conforme el numeral 2° del artículo 14 del Decreto 3523 de 2009 que establece que al Superintendente delegado para asuntos jurisdiccionales le corresponde, “Adelantar de acuerdo con el procedimiento legalmente aplicable, en única o primera instancia según corresponda de acuerdo con la cuantía, el trámite de los procesos que deban iniciarse en ejercicio de las funciones jurisdiccionales de protección al consumidor”.

El tema también fue abordado por el Código General del Proceso, Ley 1562 de 2012, artículo 24, numeral 1, que atribuye competencia jurisdiccional a la SIC señalando las funciones de la SIC por violación a los derechos de los

consumidores establecidos en el Estatuto del Consumidor y de las normas relativas a la competencia desleal.

Por último, y no por ello menos importante, se hace referencia al debido proceso, derecho que impregna todas las actuaciones en las relaciones de consumo; por ejemplo en el régimen de responsabilidad, en la imposición y cumplimiento de deberes, en favor de los consumidores y también del Estado. Es una doble vía, que lleva consigo su respeto irrestricto tanto en los procedimientos de orden judicial como administrativo que emanan de la protección constitucional y legal al consumidor.

El Estatuto del Consumidor Colombiano, Ley 1480 de 2011, supone algunos avances y transformaciones en la protección del consumidor comparados con su antecesor el Estatuto anterior, empezando porque las dimensiones constitucionales y los paradigmas de interpretación de los dos Estatutos del Consumidor, objeto de examen de la presente investigación, son totalmente diferentes, de ahí que se haya tenido que hacer un análisis de tales contextos para lograr la evidencia de los avances jurídicos que se han logrado en este marco.

Por una parte, la constitución de 1886 carecía de principios constitucionales inspiradores, que orientaran las normas legales, por lo cual estas resultaban ser más una organización sistemática de los temas a regular que un cuerpo coherente con la Carta Magna. El paradigma constitucional cambia con la Constitución de 1991, y las leyes empiezan a ser inspiradas por los principios rectores que además resultaban ser coadyuvantes en la tarea de la interpretación normativa, garantizando así un sistema jurídico coherente y fortalecido que brinda una mayor protección a los consumidores.

Desde este análisis, se encuentran diferencias consideradas fundamentales que trascienden a la esfera de protección elemental y que regulan materias que pueden ser consideradas no solo desde el punto de vista de protección al consumidor, sino desde la perspectiva del buen funcionamiento y

desarrollo de los sectores productivos, el mercado, la competencia, así como el tema de la publicidad, la cual estaba enfatizada en la publicidad hecha a los productos como en el caso de las marcas y las leyendas de las propagandas, hacia una mención de que la información fuera la adecuada, de manera que se evitara incurrir en error a los consumidores. Sin embargo, no se reglamentaba la distinción en cuanto al tema de la responsabilidad, en el suministro de la información.

En contraste, puede verse que la Ley 1480 de 2011 regula de manera distinta la información y la publicidad, lo que significa un gran avance en el control de la publicidad engañosa y la protección de la perfección del consentimiento en los contratos, basada en el conocimiento real y los criterios vinculantes de la publicidad, así como en la adquisición de productos perecederos, y la información sobre las condiciones especiales contenidas en los reglamentos técnicos para el correcto uso o consumo, conservación e instalación del producto o utilización del servicio.

Se establece además la responsabilidad solidaria del anunciante en cuanto a publicidad engañosa, cuando en su conducta medie dolo o culpa grave al publicar información no correspondiente a la realidad en un medio de comunicación.

En cuanto a protección contractual la Ley 1480 prohíbe la contratación o adquisición de bienes diferentes a los pretendidos por el consumidor para adquirir el que en realidad quiere y prohíbe atar contractualmente a los consumidores para adquirir o disfrutar los incentivos ofrecidos por el proveedor, es decir las ventas atadas las cuales no estaban reguladas por el Decreto 3466 de 1982.

El estatuto también regula las operaciones mediante sistemas de financiación, gracias a unas estipulaciones especiales, por las cuales se le debe informar al consumidor el monto a financiar y el interés moratorio según la tasa efectiva anual; también se le deberá informar sobre cobro de estudios de

crédito, seguros, garantías o cualquier concepto adicional al precio, lo cual el anterior decreto no contemplaba.

Con el fin de garantizar la legalidad y la certeza jurídica de las resoluciones que se dicten en materia de protección al consumidor, se ha otorgado mediante poderes conferidos en la Constitución, específicamente atendiendo a las normas contenidas en la Ley 1285 de 2009 que modifica la Ley Estatutaria 270 de 1996, facultades jurisdiccionales a la SIC, para que conozca asuntos que por su naturaleza o cuantía puedan ser resueltas de manera adecuada y eficaz, y cuyas resoluciones deben enmarcarse en los postulados constitucionales.

En temas de competencia administrativa y en materia de protección a la libre competencia, se ha admitido el uso de la doctrina probable, pero no existe impedimento constitucional para adoptar esto en otros aspectos que puedan ser sancionados también en sede administrativa, puesto que por ahora no puede extenderse a las facultades jurisdiccionales, la cual podrá variar en este sentido, mediante argumentación razonada.

En cuanto a su aplicación en sede administrativa, del estudio se concluye que la SIC ha aplicado consecuentemente las consideraciones del Consejo de Estado, acordes además con las garantías establecidas en el texto constitucional, las cuales son de obligatorio cumplimiento para las entidades cuyas facultades jurisdiccionales están dadas no por la naturaleza de la misma entidad, sino por la misma garantía y efectividad que se debe al sujeto de protección.

Es en este contexto, el de los sujetos de protección, que surge un marco regulador concretado en figuras y herramientas jurídicas apropiadas y eficaces que sustituyen las normas de derecho dispositivo del derecho común, que replantean, por ejemplo, el concepto de contrato, tenido anteriormente solo como aquel acuerdo de voluntades en el que las partes de común acuerdo establecen el contenido de la norma reguladora de su relación contractual, sino que ahora amplía el concepto a los contratos de adhesión o predispuestos,

cuya naturaleza contractual ha sido doctrinalmente sustentada y cuyo efecto jurídico es el mismo que el de la negociación.

Se replantea entonces el principio de la autonomía de la voluntad y el de la perfección del consentimiento, garantizado si el conocimiento de las cláusulas y del contenido contractual, que permita la aceptación informada de manera tal que no se ponga en tela de juicio la validez de las cláusulas contractuales. Esto supone que los controles establecidos en la norma estén enfocados a garantizar el consentimiento. Tal es el caso del control formal que se incorpora de manera solapada y no tan clara en la norma a través de unos deberes de información precontractual y postcontractual, que suponen la declaración de nulidad de la cláusula que aun siendo equilibrada, puede quedar por fuera del contrato por no haber sido conocida por el consumidor.

No obstante, antes de mirar la verdadera voluntad de las partes, el legislador, en un gesto proteccionista al consumidor, prevé la abusividad de ciertas cláusulas pese a lo que dispongan las partes, es decir, cláusulas que pueden ser válidas y consideradas justas en los contratos negociados, atendiendo a las circunstancias propias de su celebración, son, sin previo juicio, consideradas abusivas y nulas de pleno derecho, por el hecho de que una de las partes no participó en la elaboración de las mismas, sin importar si existen circunstancias particulares de negociación que puedan justificar su inclusión en el contrato.

Esto, porque la ley incorpora mecanismos de protección que se consideran irrenunciables en virtud no solo de la falta de poder negociador del consumidor, sino también de una supuesta debilidad ante su contraparte y de unos intereses que son considerados de orden público que justifica que se impongan ciertos límites al poder negociador derivado de la libertad de las partes para contratar.

Sin embargo, no se debe perder de vista que el único poder normativo que tienen las partes y la única fuente voluntaria de las obligaciones sigue

siendo la autonomía, y en este sentido habrá casos en los que la responsabilidad del usuario o consumidor no puede ser trasladada al ente regulador, cuando este no actúa con la debida diligencia que se desprende de la misma norma jurídica.

Así, puede verse el caso de los usuarios de las llamadas pirámides o sistemas piramidales, cuyos implicados alegan en un principio el deber de vigilancia del Estado, por parte de la Superintendencia Financiera, lo que implicaría que su protección debe ser la de los usuarios del sistema financiero. Sin embargo, se evidenció que los estándares de protección de los que puedan ser titulares estos usuarios, implicaba determinadas conductas de su parte que constituyen esa diligencia debida.

Los consumidores también se encuentran protegidos en la protección a la libre competencia, cuyas prácticas restrictivas, según se evidenció, generan efectos adversos al comercio y a los agentes que intervienen en él, tanto a en el mercado de origen como en el mercado exportador.

En este sentido ha sido importante determinar el lugar de los efectos negativos que genera la cartelización de las empresas, para determinar el régimen jurídico aplicable. En Colombia, sin embargo, las leyes de competencia dejan abierta la posibilidad de su aplicación extraterritorial sin lugar a especificación alguna. La jurisprudencia ha sido muy escasa para determinar la aplicación de la legislación extraterritorialmente.

Esta protección no se queda sin embargo en el ámbito de lo privado, los consumidores de los servicios públicos también han sido objeto de este estudio, específicamente en lo que concierne a la regulación en la colusión en la contratación pública y los efectos nocivos que esta tiene en el desarrollo de este sector, así como los cambios normativos que se pretenden para poner a tono la legislación nacional en la materia con los estándares internacionales que permitan facilitar el ingreso del país a la OCDE, dentro de los que incluye un sistema de abastecimiento integral que conceda mayor margen a las

entidades públicas y la reglamentación de los regímenes de inhabilidades, prohibiendo por demás, participar a personas jurídicas cuyos representantes hayan sido condenados por colusión, por un término de 20 años.

Sin embargo, en cuanto a temas de protección, resulta inquietante la posible implementación de un sistema de precalificación, por medio del cual una participación en principio dirigida al público, termine reduciéndose a un reducido grupo de interesados, lo que implica necesariamente la limitación de la competencia en el mercado correspondiente.

En tal sentido, la posibilidad de negociar las condiciones de un contrato estatal con un grupo reducido de oferentes podría limitar drásticamente las condiciones de igualdad en el mercado para los participantes, e incluso, podría afectar negativamente la manera en que se afecta el erario pues la negociación no se concibe como herramienta orientada exclusivamente al uso eficiente del erario.

Adicionalmente, el proyecto no contempla la posibilidad de rechazar una oferta por haberse demostrado un hecho indicador de una posible conducta colusoria.

Así las cosas, puede verse que el proyecto de reforma al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, trae herramientas limitadas para evitar la colusión, cuya imposición de sanciones continúa estando en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Este colofón cierra como se dio inicio a esta obra: recordando al profesor García Canclini en el ya clásico *“Consumidores y ciudadanos”*: en el siglo XXI, además de consumidores somos ciudadanos y el acto de consumir –o abstenerse de ello– es, en esencia, un acto político.

Bourdieu también, desde otra perspectiva, en su obra la *“Distinción”* nos mostró como se puede analizar a las personas no solo en su posición en

el acto de producción – como lo hicieron la economía y la sociología del siglo XIX y XX- sino también a través de los actos de consumo.

Esos principios y nociones que ya habían sido aprendidos por las ciencias sociales, poco a poco se han ido decantando en las disciplinas jurídicas. Ello se ha reflejado en los cambios en la forma de regulación después de la segunda guerra mundial. Primero en Estados Unidos y en Europa se dio forma legal a las preocupaciones por la protección al consumidor desde la perspectiva estatal. Posteriormente en casi todos los países del mundo, y en particular en Iberoamérica² se han expedido normativas tendientes a la protección de los consumidores, entendiendo, como se mostró en esta obra, que hay un desequilibrio – se rompe la igualdad formal del derecho de contratos- en favor del poder del productor o vendedor y en perjuicio del consumidor.

En Colombia desde el Decreto 3466 de 1982 hasta la Ley 1480 de 2011 –primer y segundo “estatutos” en nuestra legislación- pasando por la Ley 1328 de 2009 – del consumidor financiero- y por centenares de decisiones de la SIC en materia de Protección al consumidor, se ha ido fortaleciendo un área que va de la mano con el desarrollo económico y social. El capitalismo- lo describió brillantemente- Weber en su clásica introducción a *La Ética Protestante y el Espíritu del Capitalismo*- no puede medirse solamente con el crecimiento de la industria y los mercados, pues el intercambio siempre ha existido, pero solo en el capitalismo ese intercambio no es violento y tiene unas profundas raíces éticas y morales, como no sucedió con ningún otro sistema o formación social de la historia. Y esas preocupaciones se vierten en la norma positiva.

2. Para una revisión general del derecho del consumidor en el espacio iberoamericano (incluyendo Norteamérica) ver el excelente trabajo coordinado por el profesor Julio Álvarez Rubio, editado en Granada en 2014 por Comares, con sello de la OEA, la Unión Europea, la Universidad de Cantabria, titulado: *La Protección Jurídica de los Consumidores en el Espacio Euroamericano*. Para el caso colombiano, ver en esa misma obra el capítulo de los profesores Luis Carlos Plata y Vladimir Monsalve, titulado: Derecho del Consumo en Colombia: Antecedentes, situación actual y perspectivas de futuro. Para el caso argentino hay un capítulo en la misma obra escrito por el profesor Barocelli, o puede consultarse la obra titulada Manual de Derecho del Consumidor con Edición de Abeledo Perrot de Buenos Aires y Coordinación del Dr. Rusconi. Una excelente introducción al derecho del consumidor en Colombia la proporciona el texto del Profesor Juan Carlos Villalba Cuellar, Introducción al Derecho del Consumo editado por la Universidad Militar Nueva Granada en el año 2012 o con coordinación del mismo Dr. Villalba y del Dr. José Manuel Gual Acosta, El Derecho del Consumo con edición de Ibañez y USTA en Bogotá en el año 2013.

Y el siguiente paso a la positivización de la protección de un sector social – en este caso- los consumidores, solo puede darse con el ejercicio de los derechos y acciones que la ley otorgó para que el derecho de acción haga “efectivo en la realidad” el derecho sustancial. Y a partir de normas, la doctrina y la jurisprudencia³ se va haciendo del sueño del legislador, la realidad cotidiana de la protección de los derechos. Por ello esta obra tocó tanto los aspectos sustanciales como procesales en esta materia.

Pero como se mencionó en el capítulo introductorio y a lo largo de la obra son dos caras de la misma moneda el derecho del consumidor y el de la competencia. Así se incluyeron dos capítulos: uno dedicado a los oligopolios (carteles) y otro a la colusión anticompetitiva en el mercado. Ello porque los más recientes “escándalos” o efectos de las investigaciones de la SIC demostraron que en materias tan sensibles- y esto no es sarcasmo- como los pañales, el papel higiénico, los cuadernos o el arroz, las prácticas anticompetitivas no solamente afectan la teórica libertad de mercado o la libre competencia, sino que al final el más afectado es el consumidor.

Por todo ello, creemos y deseamos que esta obra logré contribuir a seguir ampliando los materiales de estudios iuspositivistas y socio-económicos acerca de la legislación y práctica del Derecho del Consumidor y de la Competencia. Para el Politécnico Gran Colombiano y para la Universidad La Gran Colombia, es además el primer paso en el que esperamos sea un largo camino de colaboración investigativa y editorial.

Como muchas cosas en Colombia el recorrido de la protección al consumidor y la competencia se ha iniciado hace algún tiempo, pero debemos seguir en él, para poder tener logros más concretos, más eficaces día a día, y este texto espera ayudar en ese trasegar que no es uno distinto que el de la justicia y la libertad.

3. Recordemos que el artículo 24 del Código General del Proceso otorga facultades jurisdiccionales residuales a la Superintendencia de Industria y Comercio en materias de protección al consumidor. Otras normas otorgan facultades de protección a entidades como la Superintendencia Financiera y la Dirección de Aeronáutica Civil entre otras autoridades.

