



El actual estatuto de protección al consumidor –Ley 1480 de 2011– ¿un avance o un retroceso en la protección de los derechos de los consumidores?¹

Colombian consumer protection –Act 1480 from 2011– ¿is it an advance or a regression in the protection of the consumer's rights?

Juan Ignacio Granados Aristizábal²

Juliana Nanclares Márquez³

-
- 1 Ponencia presentada por Juan Ignacio Granados Aristizábal el 27 de octubre de 2017, en la Universidad de Medellín, en las Primeras Jornadas de Derecho Comercial.
 - 2 Abogado. Magíster en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Abogado del Metro de Medellín Ltda. Docente de la Especialización en Derecho Comercial de la Universidad Autónoma Latinoamericana. E-mail: abogado.granados@gmail.com
 - 3 Abogada. Magíster en responsabilidad contractual, extracontractual civil y del Estado de la Universidad Externado de Colombia. Docente de la Escuela de Posgrados de la Universidad Autónoma Latinoamericana. E-mail: juliana.nanclaresma@unaula.edu.co

Resumen

El presente escrito brinda sólidos argumentos que evidencian que el actual Estatuto de Protección al Consumidor, implicó un avance en la protección de los intereses de los consumidores, quienes son los más importantes agentes del mercado. La norma introdujo nuevos enunciados normativos para supuestos no regulados en el Estatuto anterior, y reformuló otros, dándoles un mayor y más claro alcance.

Palabras clave: avance, protección, consumidor.

Abstract

This paper gave strong arguments to reach the following conclusion: The Colombian consumer's statute implied an advance in the protection of the consumer's rights, which are the most important market agents. This Act introduced new rules for facts that were not regulated in the old statute. Also, it reformulated others giving them a clearer grasp.

Keywords: advance, protection, consumer.

Para responder la compleja pregunta de ¿si el actual Estatuto del Consumidor colombiano –Ley 1480 de 2011–, benefició los intereses y/o derechos de los consumidores y usuarios o, por el contrario, benefició los intereses de los empresarios?, es necesario plantearse varias sub-preguntas que contextualizarán la tesis que pretendemos de repuesta a la gran pregunta. Esas sub-preguntas son:

1. ¿Cuáles son los antecedentes próximos en nuestro derecho patrimonial y en el contexto de nuestra tradición jurídica, que llevaron a la protección de alguna de las partes de la relación jurídica?
2. ¿En qué momento la categoría jurídica de consumidor irrumpe en el derecho?
3. ¿Por qué existe o se justifica un régimen especial de protección al consumidor y, en efecto, un estatuto de protección al consumidor?
4. ¿Por qué la protección del consumidor no se logra, idóneamente, con las reglas contenidas en el derecho común, es decir, en el Código Civil y en el Código de Comercio?
5. El actual estatuto de protección al consumidor –Ley 1480 de 2011–, ¿implicó un avance o un retroceso en la protección de los derechos de los consumidores?

Dentro de nuestra propuesta metodológica, nos aproximaremos a las respuestas de las preguntas planteadas:

Primera pregunta: ¿Cuáles son los antecedentes próximos en nuestro derecho patrimonial y en el contexto de nuestra tradición jurídica, que llevaron a la protección de alguna de las partes de la relación jurídica?

El reconocimiento de la necesidad de la protección de una parte de la relación jurídica, respecto de la otra, tuvo, desde nuestra consideración, sus más remotos y generales antecedentes en las primeras décadas del siglo XX. Las constituciones de la República de Weimar y de la República Española dejaron ver la necesidad de la protección de cierto segmento de la población que merecía especial cuidado, por encontrarse en situaciones de desigualdad, debilidad o desamparo. Por lo anterior, a partir de dichas constituciones se plantearon abundantes pronunciamientos con marcado corte solidarista e intervencionista, de cara a la protección de las personas que se encontraban en situaciones de desigualdad, desventaja o desprotección.

De lo anterior da cuenta la doctrina especializada, la misma que al hacer una lectura de la realidad jurídica de las primeras décadas del siglo XX, evidenció las desigualdades

(...) económicas y culturales, reales y dramáticas, de las partes, iguales ante la ley, [que] exigieron y obtuvieron intervención del Estado, ora para tutelar grupos, sectores, capas sociales deprimidas, mediante una cláusula general de prevención y prohibición de estipulaciones abusivas, exorbitantes, leoninas, estuviera consagrada en la ley o fuera producto de una jurisprudencia alerta y sensible; ora para encauzar o dirigir la economía, con fines de una mejor distribución del ingreso, o de desarrollo que a la postre habría de redundar en una elevación general del nivel de vida (Hinestrosa, 2013, p. 8).

En la lectura descrita, la doctrina referenciada apela, para sostener su argumento, a las constituciones mencionadas. Desde allí sostuvo que:

En las constituciones de Weimar y de la República española están contenidos esos principios y esos preceptos, que muchos de los países de América Latina tomaron para sí y trataron de aplicar en su legislación. Y a partir de la segunda posguerra, la doctrina y la jurisprudencia francesas e italianas, tan próximas a nuestro continente y que tanto han influido y siguen influyendo en nuestra formación jurídica, comenzando por la propia legislación, abundan en pronunciamientos de índole soli-

darista e intervencionista, que nuestros doctrinantes y jueces tomaron y acogieron como lemas (Hinestrosa, 2013, p. 8).

En ese contexto histórico-temporal y, en concreto, en la doctrina francesa de comienzos del siglo XX, cabe descartar dos autores: Georges Derux con su obra de 1910 llamada *De la nature juridique des contrast di adhésion*, y Raymond Saleilles. Este último, en su obra denominada *De la déclaration de volonté*, trae una categoría jurídica que hasta ese momento no existía: El *contrat d' adhésion* (Posada Torres, 2014, pp. 18, 19). Con esta categoría se refería al esquema contractual en el que una parte, predisponente, configuraba el contrato, y la otra, la adherente, sólo tenía la posibilidad de aceptarlo y/o rechazarlo, más no modificar sustancialmente su contenido. Ello hacía que el ambiente jurídico de la época pusiera la atención en una realidad que, si bien pudo haber estado presente de siempre, como categoría jurídica apenas se construía: la desigualdad contractual.

Años más tarde, apareció una codificación que reaccionó a realidades económicas y jurídicas muy distintas a las decimonónicas: el Código Civil Italiano de 1942, también gran inspirador de nuestra tradición privatista, hizo un tratamiento aproximado de la contratación por adhesión y de los contratos bajo condiciones generales de contratación. Bajo este contexto legal, comenzaría una relativización de algunas de las expresiones de la libertad contractual, concretamente, de la libertad de configuración del contenido contractual.

Como se observa, el tratamiento o, dijéramos, la tendencia hacia la protección de uno de los extremos de la relación jurídica patrimonial, tuvo su génesis en el derecho contractual europeo que mostró la necesidad de la protección de una de las partes (el adherente), que concurría a la celebración de contratos con clara disminución o morigeración de sus capacidades para negociar, en concreto, con limitación de la libertad de la configuración del contenido contractual.

Como conclusión a esta primera pregunta, tenemos que nuestro antecedente histórico más próximo en materia de protección de una parte de la relación jurídica, respecto de la otra, se encuentra en el tratamiento del contrato, especialmente, de los contratos celebrados por adhesión o bajo condiciones generales de contratación. Esta forma de celebrar contratos limita la libertad de configuración del contenido del contrato del adherente y hace, por ello, necesario que se expida toda una regulación al respecto, hoy regulada de manera relativamente sistemática en el actual Estatuto de Protección al

Consumidor y en otras normas sectoriales de similar naturaleza, es decir, de regulación de relaciones jurídicas de consumo.

Segunda pregunta: ¿En qué momento la categoría jurídica de consumidor irrumpe en el derecho?

Al responder la pregunta anterior quedamos, temporalmente, a mediados del siglo XX, concretamente, en 1942, con la referencia del Código Civil italiano de ese año, y con la regulación insipiente, pero que no por ello deja de ser de trascendental importancia, que dicho Código propuso en materia de contratos celebrados por adhesión.

En esa época, y creemos que no es coincidencia, se comenzó a hablar en el mundo de una categoría jurídica y de mercado que, si bien es cierto ha estado presente en el mundo de los hechos desde siempre como categoría jurídica, apenas comenzaba a concebirse en esos tiempos: el consumidor.

Es reiterativa en la doctrina y en la jurisprudencia la referencia al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, dado en Roma el 25 de marzo de 1957, en concreto, en aquellos temas relativos a los precios predatorios; y al discurso del 15 de marzo 1962 del presidente John Fitzgerald Kennedy, pronunciado ante el Congreso de los Estados Unidos, en el cual afirmó:

Consumidores, por definición, somos todos. Son el grupo mayoritario de la economía, afectando y siendo afectados por la práctica totalidad de las decisiones económicas públicas y privadas. Dos tercios del gasto total en la economía provienen de los consumidores... Si los consumidores reciben productos inferiores, si los precios son exorbitantes, si los medicamentos son inseguros o ineficaces, si el consumidor no es capaz de decidir partiendo de la información, entonces estamos tirando su dinero, su salud y seguridad pueden estar amenazadas, y el interés nacional sufre... (Kennedy, 1962, pp. 1, 2).

Y a la Resolución 39-248 del 16 de abril de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU, 1985), que estableció como principios generales de protección al consumidor los siguientes: la protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y su seguridad, la promoción y protección de los intereses económicos de los consumidores, el acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a los deseos y necesidades de cada cual, la educación del consumidor, la posibilidad de compensación efectiva al consumidor, la libertad de constituir grupos u otras organizaciones perti-

nentes de consumidores y la oportunidad para esas organizaciones de hacer oír sus opiniones en los procesos de adopción de decisiones que las afecten.

Es en ese contexto histórico y temporal en el que se comienza a concebir la categoría jurídica de consumidor y, en efecto, el sistema que requería este nuevo hecho jurídico, político, social y económico. Antes de eso no se hablaba, en concreto, de dicha categoría jurídica.

En la década de los cincuenta se expidieron en Colombia algunas normas que tenían relación con el derecho de protección al consumidor, tales como la Ley 155 del 24 de diciembre de 1959, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas (Congreso de Colombia, 1959), la Ley 9 del 24 de enero de 1979, por la cual se dictaron medidas sanitarias (Congreso de Colombia, 1979), y la Ley 73 del 3 de diciembre de 1981, por la cual el Estado intervino la distribución de bienes y servicios para la defensa del consumidor, y se concedían unas facultades extraordinarias (Congreso de Colombia, 1981).

Colombia, como dato curioso, fue uno de los primeros países latinoamericanos que reaccionó a esa tendencia y a ese llamado que se venía gestando en el mundo, de generar un sistema jurídico de protección al consumidor.

De manera específica, y a escasos veinticinco años de que en el mundo comenzara a hablarse del tema, incluso antes de lo orientado por la ONU, fue expedido el Decreto 3466 de 1982, que se convirtió en el primer Estatuto de Protección al Consumidor general del país. En virtud de este Decreto se dictaron 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, demás disposiciones complementarias.

Años más tarde, se dio el mayor espaldarazo al régimen de protección al consumidor al constitucionalizarse su tratamiento en el artículo 78 de la Constitución (Asamblea Nacional Constituyente, 1991a), especialmente, en lo relativo a la calidad de los bienes o servicios, a la información a suministrar al público en general, a la responsabilidad por los daños a la salud, la seguridad, al adecuado aprovisionamiento y al derecho de participación y asociación consumidores y usuarios. Este artículo, en concordancia con el artículo 13 relativo a la protección de los más débiles y desprotegidos, con los 88 y 89 y 277 relativos a las acciones populares y a los intereses y derechos colectivos, como se calificaron los derechos de los consumidores y usuarios, el artículo 333 y el 334 relativos a la libre competencia y dirección general

de la economía y, finalmente, los artículos 365 y 369 relativos a los servicios públicos, crearon el contexto constitucional de protección de los derechos de los consumidores.

Tres años después fue expedida la Ley 142 de 1994 (Congreso de Colombia, 1994), que se convirtió en el Estatuto, sectorial, de Protección al Consumidor de servicios públicos domiciliarios en el país.

A partir de ese momento, comienza a estructurarse en Colombia todo un sistema de protección al consumidor, con varias características estructurales destacables. En primer lugar, es un sistema descodificado, es decir, regulado por fuera de los códigos del derecho común, pero vinculado a ellos por remisión normativa. Segundo, es un sistema que tiene regulación general y sectorial. Tercero, es un sistema concebido sobre el paradigma de la asimetría, la desigualdad o el desequilibrio de los extremos de la relación de consumo. Cuarto, es un sistema, como lo diría la jurisprudencia constitucional (Sentencia C-1141 de 2000), poliédrico, por cuanto se estructura sobre normas de carácter sustancial, procesal, administrativo, participativo, a la vez que se integra por varios actores o sujetos que tienen importantes competencias dentro del sistema.

Hoy, en Colombia, ese sistema consta de un gran número de leyes, decretos, circulares, resoluciones, autoridades administrativas y jurisdiccionales, agremiaciones, asociaciones que trabajan en pro de la defensa de los intereses de los consumidores, que en últimas, no es más que la defensa del mercado.

Como conclusión a esta segunda pregunta, tenemos que la categoría económico-jurídica-política de consumidor aparece, incipientemente, a mediados del siglo XX. Antes de eso, dicha categoría era jurídicamente inexistente, pese a que en el mundo de los hechos siempre ha existido. En Colombia tal categoría irrumpe, de manera concreta, con el Decreto 3466 de 1982, decreto que se convirtió en el piso para que comenzara a estructurarse todo un sistema de protección al consumidor colombiano.

Tercera pregunta: ¿Por qué existe o se justifica un régimen especial de protección al consumidor y, en efecto, un estatuto de protección al consumidor?

Está suficientemente decantado en la doctrina y en la jurisprudencia, es decir, es pacífico, que la relación jurídica de consumo, de la cual hace parte el consumidor o usuario, de un lado, y el productor, distribuidor o expendedor, del otro, es una relación jurídica asimétrica, desequilibrada o desigual.

Hay asimetría en toda relación en la que exista una parte con un poder predominante sobre la otra, sea por su nivel de conocimiento, sea por su poder de negociación, o sea por las características de los productos que producen o comercializan. Tales circunstancias propician situaciones que afectan la libertad contractual, comportan abuso de derecho, generan desequilibrios, establecen condiciones generales sorpresivas o disimuladas; en suma, situaciones que vulneran los postulados de la buena fe objetiva (Rinessi, 2006, p. 27).

Prueba de ello es que el constituyente de 1991⁴ consagró en el artículo 78 que los derechos de los consumidores fueran considerados derechos colectivos⁵. La motivación de la inclusión de dicho artículo tuvo como razón determinante la condición asimétrica de las partes en los contratos con consumidores. En tales términos se pronunció la Asamblea Nacional Constituyente al afirmar que:

Los consumidores y usuarios han tenido una condición de inferioridad manifiesta ante los productores y comerciantes. Frente a esta situación el artículo que recomendamos (refiriéndose al artículo 78 de la Constitución) 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 (Asamblea Nacional Constituyente, 1991b).

Similares reflexiones ha planteado la jurisprudencia constitucional. La Sentencia C-1141 de 2000 sostuvo que:

4 A diferencia de la Constitución de 1886 que no reconocía tal situación asimétrica. Como lo dice Caycedo, “() el artículo 32 de la Constitución Política de 1886 () no reconoció una especial condición de **desigualdad o vulnerabilidad del consumidor** y, por lo mismo, no incorporó un criterio constitucional valorativo particular que encausara el sentido de la intervención del Estado en la “producción, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados” con un propósito explícito de protección o especial tutela del consumidor ()”. Ver. Carlos Germán Caycedo Espinel. *Notas sobre la Doctrina Constitucional referente al derecho de protección a consumidores y usuarios en Colombia*, Manuscrito, s. l, s. e., p. 1. Resaltado extra texto.

5 Esta misma consideración ha sido acogida por la jurisprudencia nacional. Al respecto ver: Corte Constitucional, 2004.

(...) la Constitución ordena la existencia de un campo de protección a favor del consumidor, inspirado en el propósito de restablecer su igualdad frente a los productores y distribuidores, dada la asimetría real en que se desenvuelven las personas que acuden al mercado en pos de la satisfacción de sus necesidades humanas (Corte Constitucional, 2000).

La misma sentencia expone que:

En el plano constitucional, “el régimen de responsabilidad del productor y del distribuidor corresponde al esquema ideado por el constituyente para poner término o mitigar la asimetría material que en el mercado padece el consumidor y el usuario”. Igualmente, plantea que la razón de ser del esquema de responsabilidad en las relaciones de consumo “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” (Corte Constitucional, 2000).

Sigue diciendo la Corte que la:

(...) relación de consumo constituye una particular categoría que surge entre quienes se dedican profesionalmente a elaborar o proveer bienes o prestar servicios con quien los adquiere con el fin de consumirlos; y es precisamente el consumidor, quien, por encontrarse en condiciones de vulnerabilidad económica y de desequilibrio, es destinatario de una especial protección normativa; por supuesto que la profesionalidad del productor, que lo hace experto en las materias técnicas y científicas en torno de las cuales realiza su labor, su sólida capacidad económica, su vocación para contratar masivamente, las modalidades de contratación a las que acude, entre muchas otras peculiaridades, lo sitúan en un plano de innegable ventaja negocial que reclama la intervención de legisladores y jueces con miras a restablecer el equilibrio perdido (Corte Constitucional, 2000).

En otra sentencia el alto tribunal (Corte Constitucional, 2002) toma la misma posición al sostener que:

(...) 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 constituye 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.

Posteriormente propone que:

(...) la Corte recuerda que contrariamente a lo que el actor aduce, la norma acusada, así como el conjunto de disposiciones que regulan la responsabilidad de los productores por la idoneidad y calidad de sus bienes y servicios lo que hacen es asegurar el equilibrio entre productores y consumidores que se encuentran, por las características mismas del proceso productivo, en una relación efectivamente desigual, pero en la que la parte más débil no es el productor sino el consumidor. En este sentido cabe reiterar que el régimen de responsabilidad del productor que se establece en el artículo referido, con la excepción a que se hará referencia más adelante, corresponde al esquema ideado por el Constituyente para responder a la asimetría del mercado en el que el consumidor o usuario se encuentra en situación de desventaja (Corte Constitucional, 2002).

Por lo dicho, los legisladores de gran parte del mundo han visto la necesidad de estructurar un sistema normativo que atienda a esas realidades de mercado, jurídicas y económicas y que esté estructurado, no sobre pilares o paradigmas de simetría, paridad o igualdad, sino sobre pilares o paradigmas de desigualdad, asimetría, desequilibrio y determinadamente tuitivo.

Como conclusión a esta pregunta, tenemos que la relación jurídica de consumo es una relación naturalmente asimétrica, incluso, alguna jurisprudencia la califica como genéticamente asimétrica. La asimetría está dada, según nuestra consideración, por la desigualdad informativa, la disminución del poder de negociación, y por la destinación de los bienes o servicios que se adquieren que, en la gran parte de las veces, tienden a satisfacer necesidades humanas, es decir, por su posición de mercado. Ello generó que se creara un sistema normativo que, basado en esos supuestos jurídicos, económicos y de mercado, estableciera una serie de reglas de cara a la protección de los intereses del débil, es decir, del consumidor o usuario.

Cuarta pregunta: ¿Por qué la protección del consumidor no se logra, idóneamente, con las reglas contenidas en el derecho común, es decir, en el Código Civil y en el Código de Comercio?

Son varias y estructurales las razones que explican por qué el derecho común, es decir, el contenido en el Código Civil y el Código de Comercio colombiano, es insuficiente para regular la relación jurídica de consumo y, con ello, para proteger al consumidor.

La primera gran razón, de la cual se derivan las otras, es de contenido filosófico, ideológico o, incluso político.

Las relaciones jurídicas, de contenido patrimonial y pluripersonal, están reguladas en el derecho común por un instrumento básico, según una especie de negocio jurídico: el contrato.

El contrato cumple una importante función socio-jurídica. Es el instrumento mediante el cual los sujetos de derecho disciplinan sus intereses patrimoniales (Esborraz, 2006, p. 73)⁶. Dada su importancia, la regulación del contrato en general, y de los diversos tipos contractuales en particular, se dio mediante procesos codificadores. Estos procesos estuvieron profundamente influenciados por el espíritu individualista de la era de la codificación, que se basaba en una idea paradigmática, según la cual el contrato es una libre e igualitaria regulación de intereses patrimoniales. En consecuencia, en dichas codificaciones no se contemplaron disposiciones que regularan la asimetría de poderes contractuales, salvo algunas normas en materia de interpretación del contrato a favor del deudor (Polo, 1990, p. 37)⁷ o algunas garantías especiales como el beneficio de competencia (Hinestrosa, 2008, p. 688), tal como lo contemplan los artículos 1624 y 1684 del Código Civil colombiano.

Lo anterior deja ver dos dificultades estructurales para que la protección del consumidor pueda darse idóneamente, con las normas del derecho común:

La primera: Las relaciones jurídicas, de contenido patrimonial y pluripersonal, están reguladas en el derecho común por medio del contrato, es decir, por medio de una relación jurídica que tiene su origen, principalmente, en un contrato. En cambio, el centro del derecho de protección al consumidor, dijéramos, su objeto, no es el contrato, ni puede serlo. Es la relación jurídica

6 En igual sentido ver a: Bianca, 2007, p. 27; Cueto Rúa, 2001, p. 31; Gómez Vásquez, 2010, p. 30.

7 En similar sentido ver a: Schipani, 1985; Bohórquez Orduz, 2004, p. 79.

de consumo, su *iter*, que puede o no tener su origen inmediato en una relación de naturaleza contractual.

Y, la segunda: El contrato del derecho común, influenciado por la época en la que fue concebido, se pensó, y en torno a esa idea se reguló, como un acuerdo libre y entre iguales. En cambio, está suficientemente decantado que la relación jurídica de consumo es una relación, por definición, asimétrica, muchas veces causada por un estado de necesidad en la adquisición de ciertos bienes y servicios en el mercado.

Esas dos que, consideramos, son las mayores evidencias generales de por qué el derecho común no es el idóneo para regular la relación jurídica de consumo, pueden concretarse en otras que son consecuencias de aquellas, que solo enunciare:

- El derecho de protección al consumidor erosiona el principio de relatividad contractual propio del derecho común.
- Derivada de la anterior, el derecho de protección al consumidor establece regímenes de solidaridad por pasiva de origen legal, entre los sujetos que participan en el proceso de producción, comercialización o distribución de bienes o servicios, respecto de los daños que éstos puedan generar en el mercado.
- El derecho de protección al consumidor replantea el esquema de responsabilidad con culpa, es decir, subjetivo, que es regla general en el derecho común. El derecho de protección al consumidor tiende hacia esquemas de responsabilidad objetiva como un mecanismo más de restablecimiento del equilibrio y las situaciones propias de la relación jurídica de consumo.
- El derecho de protección al consumidor replantea, desde nuestra consideración, las reglas de la oferta contractual del derecho común, especialmente, por el específico tratamiento que hace de la publicidad de contenido objetivo.
- El derecho de protección al consumidor plantea como sanción, por regla general, la ineficacia de pleno derecho de ciertas circunstancias relacionadas con el contrato con consumidores, sanción que no es la ordinaria en materia de contrato en el derecho común.
- El derecho de protección al consumidor, desde nuestra consideración, es un derecho que retoma los cauces del formalísimo como mecanismo o estrategia de protección, a diferencia del derecho común, especial-

mente, el recogido en el Código de Comercio que es, por definición, no formalista.

- El derecho de protección al consumidor hace un desarrollo, dijéramos más probo respecto de la calidad, idoneidad, seguridad y buen funcionamiento de los bienes y servicios, a diferencia del derecho común que estructura estos temas por medio del régimen de vicios.
- El derecho de protección al consumidor está estructurado, en su esencia, con base en normas de orden público, lo que no es la regla general en el derecho común, en especial, en el derecho comercial donde abundan las normas de carácter dispositivas o supletivas.
- El derecho de protección al consumidor regula nuevos fenómenos o formas de celebrar contratos, por ejemplo, la contratación electrónica, por adhesión o bajo condiciones generales de contratación que bajo las reglas del derecho común sería complejo regular.
- El derecho de protección al consumidor establece, en un gran número de supuestos de hecho, la posibilidad de desistimiento unilateral o retracto contractual, cosa que, en el derecho común, en atención al principio de *pacta sunt servanda* que lo estructura, es excepcional. Hinestrosa (2015), refiriéndose al tema, ha manifestado que “(...) los contratos de consumo se muestran más vulnerables en lo que hace a la regla de *pacta sunt servanda*, como se ve, de entrada, en el derecho de retractación (*ius poenitendi*) que asiste al consumidor en muchos casos, que le permite destratar a su guisa dentro del término legalmente establecido al efecto (...)” (p. 437).
- El derecho de protección al consumidor se estructura sobre la naturaleza individual y colectiva de los derechos de los consumidores. El derecho común no.

Como conclusión a este pregunta, tenemos que está claramente establecido que los postulados de paridad, simetría, igualdad del derecho común, en torno a los cuales se estructura la regulación de las relaciones jurídicas, de contenido patrimonial y pluripersonal, es decir, del contrato, son inapropiados para regular idóneamente la relación jurídica de consumo; que tiene, en su génesis, situaciones jurídicas y económicas basadas en la asimetría que requiere la estructuración de remedios jurídicos extraños, por no decir más, a las reglas del derecho común.

Lo anterior no quiere decir que el derecho de protección al consumidor haya creado una rama nueva aparte del derecho de los contratos. Tanto el derecho común de los contratos, como las reglas contractuales en materia de protección al consumir subsisten, se nutren entre sí, son necesarias y estructurales. El punto es que el derecho de protección al consumidor establece reglas complementarias al derecho común, para atender esta especial relación jurídica, es decir, la de consumo.

Quinta pregunta: El actual estatuto de protección al consumidor –Ley 1480 de 2011– ¿implicó un avance o un retroceso en la protección de los derechos de los consumidores?

Respondamos, primero, la pregunta obvia ¿el actual estatuto benefició a los consumidores respecto de las reglas propias del derecho común? Respuesta categórica: sí, según nuestra consideración, por lo que se ha planteado.

Ahora bien, el actual Estatuto del Consumidor surge después de veintinueve años de vigencia del estatuto anterior, y después de más de diecisiete intentos legislativos por expedir un nuevo estatuto que estuviera conforme a los mandatos establecidos en la Constitución de 1991, y a las nuevas realidades del mercado que mostraban unas nuevas formas, técnicas o esquemas de generar relaciones de consumo que no estaban reguladas integra o suficientemente en el anterior estatuto.

El actual estatuto se nutrió de la doctrina, la jurisprudencia y el derecho comparado de casi treinta años de discusiones y análisis, que generaron regulación que no estaba recogida, se insiste, al menos sistemáticamente en antiguo Estatuto.

Solo por hacer referencia a algunos de los temas neurálgicos que trató el nuevo Estatuto, tenemos:

- El establecimiento expreso de algunos principios y derechos del consumidor, considero dota de una carga interpretativa distinta a los operadores administrativos y jurisdiccionales. El Estatuto anterior no tenía este esquema. Esto es importante ya que, aunque el derecho patrimonial privado está igualmente dotado de principios, como lo hemos visto, los principios de los contratos, tal como están concebidos en el derecho común, no son los que desarrollan idóneamente la protección que requiere el consumidor.

- Los principios recogidos en la ley se cohesionan con el resto de principios de recogidos, principalmente, por la jurisdicción constitucional vía sentencias de constitucionalidad.
- El actual Estatuto hace un llamado, a manera de principio, de la protección especial que requieren los niños y adolescentes en su calidad de consumidores o potenciales consumidores, en los términos del código de infancia y adolescencia.
- Dio claridad sobre los sujetos que integran la relación jurídica de consumo que, aunque no definida, si definió sus elementos. Ello no quiere decir que no se presenten casos grises que lleven a escenarios de interpretación respecto de ese punto, especialmente, cuando es un empresario quien adquiere la calidad de consumidor.
- Estableció claridad, respecto del anterior Estatuto, en relación a lo que se entiende por “calidad” de los bienes o servicios y las circunstancias que pueden comprometer esta condición. En el antiguo Estatuto, en estricto sentido, no se podía hablar de buena o mala calidad de un producto; sólo se podía indicar que el producto tenía o no sus propiedades, ingredientes o componentes.
- Estableció, de manera expresa, la obligación de otorgar garantía en la prestación de servicios en los que se adquieren obligaciones de medio, cosa que no hace expresamente el anterior Estatuto, estructurando la responsabilidad, en estos casos, dentro de un esquema subjetivo, es decir, enunciando el nivel de diligencia exigible según el caso concreto, pero no la exigencia del cumplimiento de un resultado.
- Realizó un tratamiento del contrato con el consumidor; en concreto, de la regulación de las condiciones generales de contratación, los contratos por adhesión y de las cláusulas abusivas.
- Incluyó, de manera expresa, el régimen de garantías sobre bienes inmuebles, zanjando la discusión que por años se tuvo al respecto si el Estatuto aplicaba o no para dicha clase de bienes.
- Resolvió las dudas que por años se presentaron sobre la suspensión o ampliación del término de la garantía, mientras los bienes eran reparados en virtud de la misma.
- Incluyó, de manera expresa, que la entrega material o jurídica del bien era una prestación derivada de la garantía legal, zanjando las discusiones de cómo se podía lograr tal prestación en virtud del estatuto ante-

rior que, en muchos casos, se sostuvo tenía que remitirse a las reglas propias del derecho común por las normas de la responsabilidad civil contractual.

- En nuevo Estatuto estableció con claridad, a diferencia del anterior, que en virtud de una relación jurídica de consumo se pueden causar daños al consumidor a causa de un producto defectuoso, daños que deben ser reparados por las normas de protección al consumidor y conforme a sus reglas. Bajo el estatuto anterior, no existía suficiente claridad respecto de esta situación, tanto procesal como sustancial. Más aun, indica la doctrina que no se conoce sentencia que condenara a la indemnización de perjuicios bajo las reglas de los artículos 36 y 37 del Decreto 3466 de 1982.
- Se establecieron reglas de mayor alcance respecto de las operaciones mediante sistemas de financiación o ventas que utilizan métodos no tradicionales o a distancia. En torno a ellas, dio mayor alcance a las transacciones y tiempos en los cuales procede el derecho de retracto.
- Estableció reglas en materia de contratación electrónica, oxigenando un poco las reglas establecidas en la Ley 527 de 1999.
- Estableció, desde nuestra perceptiva, reglas más claras y concretas en materia de información y publicidad, a las que existían en el Estatuto anterior.
- Estableció una serie de disposiciones dirigidas a organizar la red nacional de consumidores.
- El nuevo Estatuto, en materia de operaciones mediante el sistema de financiación, dio mayor alcance a la regulación establecida en el decreto anterior. Destacable, en este tema, que incluyó, dentro de los obligados a cumplir sus reglas, a las personas que se dedican a prestar dinero al público en general, que no se encontraran sometidas a la vigilancia de una autoridad específica.
- El nuevo Estatuto jalonó, desde nuestra perspectiva, la expedición de otra normativa que continuaría integrando ese sistema de protección al consumidor, tales como aquellas relacionadas con el tratamiento de datos personales y el derecho de habeas data, y la reglamentación en torno al subsistema nacional de calidad.

Como conclusión a esta pregunta, consideramos que el actual Estatuto de Protección al Consumidor implicó un avance en la protección de los in-

tereses de los consumidores, que no son más que los intereses del mercado. Indiscutiblemente, introdujo normas y reglas para supuestos de hecho que no estaban regulados en el Estatuto anterior, es decir, temas totalmente novedosos desde el punto de vista legal. Igualmente reformuló algunos de los tratamientos que el estatuto anterior hacía, dando un mayor y más claro alcance. Ello, sin desconocer, algunas posiciones doctrinarias que cuestionan el actual estatuto, especialmente, respecto de lo que denominan como la subjetivización de algunos de los esquemas de responsabilidad, especialmente, del esquema de daño causado por producto defectuoso. Ello, con fundamento en el nuevo catálogo de causales de exoneración.

Referencias bibliográficas

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1985). Resolución 39/248 Directrices para la Protección del Consumidor. Retrieved October 30, 2017, from: http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/ditccplpmisc2016d1_es.pdf

Asamblea Nacional Constituyente. (1991a). Constitución Política de Colombia. Retrieved September 19, 2017, from: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/base-doc/constitucion_politica_1991.html#1

Asamblea Nacional Constituyente. (1991b). Informe de ponencia sobre “derechos colectivos.” Gaceta Constitucional N° 46.

Bianca, M. (2007). Derecho Civil 3, El contrato (Segunda Ed). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bohórquez Orduz, A. (2004). De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano, vol. 2. Bogotá: Doctrina y Ley.

Congreso de Colombia. (1959). Ley 155, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas. Retrieved October 31, 2017, from: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=38169>

Congreso de Colombia. (1979). Ley 9, por la cual se dictan medidas sanitarias. Retrieved October 31, 2017, from <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1177>

Congreso de Colombia. (1981). Ley 73, Por la cual el Estado interviene en la distribución de bienes y servicios para la defensa del consumidor, y se conceden unas facultades extraordinarias.

Congreso de Colombia. (1994). Ley 142, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Retrieved October 31, 2017, from: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/base-doc/ley_0142_1994.html

Corte Constitucional. C-1141 (2000). Retrieved from: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-1141-00.htm>

Corte Constitucional. C-973 (2002). Retrieved from: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-973-02.htm>

Corte Constitucional. T-145 (2004). Retrieved from: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-145-04.htm>

Cueto Rúa, J. C. (2001). Una concepción objetiva del contrato en el caso del Common Law. In AA VV. Contratos. Buenos Aires: La Rocca.

Esborraz, D. F. (2006). Contrato y sistema en América Latina. Buenos Aires: Rubin-zal-Culzoni.

Gómez Vásquez, C. F. (2010). Teoría del Contrato. Medellín: Universidad de Medellín

Hinestrosa, F. (2008). Tratado de las obligaciones (Tercera Ed). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Hinestrosa, F. (2013). Autonomía privada y tipicidad contractual. Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia. Departamento de Derecho Civil, 0(24), 3–13. Retrieved from: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3300/2950>

Hinestrosa, F. (2015). Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico. Volumen II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Kennedy, J. F. (1962). Consumidores somos todos. Discurso ante el Congreso de Los Estados Unidos. Washington, D.C. Retrieved from:

http://www.aytojaen.es/portal/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/2_13065_1.pdf

Polo, E. (1990). Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos. Madrid: Cuadernos Civitas.

Posada Torres, C. (2014). El equilibrio contractual en los contratos de adhesión. Grupo Ed. Ibáñez. Retrieved from: <http://www.grupoeditorialibanez.com/index.php/component/virtuemart/derecho-comercial/el-equilibrio-contractual-en-los-contratos-de-adhesion-detail?Itemid=0>

Presidencia de la República de Colombia. (1982). Decreto 3466, 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 proveed. Retrieved October 31, 2017, from: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=2764>

Rinessi, A. J. (2006). Relación de consumo y derechos del consumidor. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Schipani, S. (1985). Documento conclusivo del II Congreso Latinoamericano de Derecho Romano. Bogotá.