

PRÓLOGO

JOSÉ LÓPEZ-OLIVA*

En mi proceso de formación para optar el título de abogado en Colombia y posteriormente en la formación complementaria en el exterior, era muy común que los profesores —especialmente de derecho privado— fundamentaran sus reflexiones acerca de la equidistancia e igualdad que debe existir entre las partes. Era un hecho conocido que además de la autonomía de la voluntad, la igualdad entre los extremos contractuales se instituía como una consideración básica a la hora de analizar las relaciones positivas y negativas en el mundo del derecho civil. Esto, a pesar que desde el siglo XIX se empezó a reconocer que en situaciones concretas era un hecho cierto que las partes no eran económica o políticamente iguales: gran parte de las relaciones en el mundo se apoyaban en dicha realidad.

Así, por ejemplo, el Capítulo VII relacionado con el arrendamiento de “criados” domésticos o del Título XXVI atienen al contrato de arrendamiento y del Libro IV que hace alusión a las obligaciones en general y de los contratos —del Código Civil— fue subrogado por el Código Sustantivo del Trabajo con una regulación sobre trabajadores del servicio doméstico. Se llegaba —luego de debates políticos y jurídicos— al reconocimiento de una realidad

*Abogado, investigador. Magister en Derecho. Ph.D (C). Profesor Universitario. Conferencista nacional e internacional.

inobjetable: en el mundo del derecho no siempre las partes tienen la condición de iguales; por el contrario: ante el desequilibrio en el mundo, corresponde al derecho hacer una tarea de equiparación: el trabajador —el obrero de la revolución industrial— debía ser protegido frente al industrial o gran comerciante que de ser contratante en una relación civil, entre iguales, se convertía primero en “patrono” y luego —cambios del lenguaje— en empleador. Todo lo anterior, en una situación de desequilibrio que igualaba o intentaba hacerse a través de la ley laboral con una evidente pero fallida dimensión social.

Además, mis profesores a finales del siglo XX seguían observando el mundo jurídico como un plano de equidistancias, sin ondulaciones de ningún tipo, con la sola excepción del derecho del trabajo. Esto empezó a cambiar —muy marginalmente— con la expedición en 1982 del Decreto 3466 que se convirtió en el primer estatuto del Consumidor. Así, Colombia acogía la tendencia que venía de los países industrializados desde el clásico discurso del Presidente Kennedy el 15 de marzo de 1962, en la que se reconocía una realidad de la sociedad industrial:

“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. Pero son el único grupo importante en la economía que no están organizados eficazmente, cuya opinión es a menudo ignorada”¹.

Asimismo, el presidente Kennedy mostraba una realidad insoslayable: la sociedad industrial posterior a la II Guerra Mundial:

1. KENNEDY, John F. Extractos del discurso se pueden escuchar en la página electrónica de la Biblioteca y Museo del Presidente Kennedy <https://www.jfklibrary.org/Asset-Viewer/Archives/JFKWHA-080-003.aspx> consultada el 14 de Noviembre de 2017. La versión en cita es de la traducción del texto del discurso tomada de http://www.aytojaen.es/portal/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/2_13065_1.pdf consultada el 14 de Noviembre de 2017.

“La evolución de la tecnología – afectando por ejemplo a los alimentos que consumimos, las medicinas que tomamos y muchos de los electrodomésticos que usamos en nuestros hogares– ha incrementado las dificultades del consumidor al tiempo que sus oportunidades; y ha invalidado mucha de la legislación anterior y hecho necesaria una nueva regulación. El supermercado típico de antes de la II Guerra Mundial almacenaba en torno a 1.500 productos alimenticios distintos, una cantidad impresionante como se mire. Pero en la actualidad maneja en torno a los 6.000. El 90% de las recetas médicas que se emiten actualmente son de medicinas que eran totalmente desconocidas hace 20 años. Muchos de los nuevos productos de uso diario en los hogares son altamente complejos. Se requiere al ama de casa para que sea un electricista amateur, o un mecánico, químico, toxicólogo, dietista y matemático, pero en raras ocasiones se le proporciona la información que necesita para desempeñar estas tareas adecuadamente.

La comercialización es cada vez más impersonal. La decisión del consumidor se ve influenciada por la publicidad masiva que utiliza mecanismos de persuasión altamente desarrollados. Normalmente el consumidor no puede saber si la elaboración de las medicinas reúne los estándares mínimos de seguridad, calidad y eficacia. Normalmente tampoco sabe cuánto paga por los préstamos al consumo; si una comida preparada tiene mayor poder nutritivo que otra; si el resultado de un producto satisfará sus necesidades; o si el “paquete tamaño económico” es realmente una ganga”².

Se evidencia cómo, desde hace más de cincuenta años, en este discurso se observan delineados los problemas fundantes del derecho del consumo: La

2. KENNEDY, John F. Extractos del discurso se pueden escuchar en la página electrónica de la Biblioteca y Museo del Presidente Kennedy <https://www.jfklibrary.org/Asset-Viewer/Archives/JFKWHA-080-003.aspx> consultada el 14 de Noviembre de 2017. La versión en cita es de la traducción del texto del discurso tomada de http://www.aytojaen.es/portal/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/2_13065_1.pdf consultada el 14 de Noviembre de 2017.

relación de consumo, la dificultad en la organización de los consumidores, la desigualdad entre el consumidor y los empresarios, la publicidad y sus problemas, entre otros. Desde estas épocas se perfila algo que posteriormente será estudiado —ya no solo por el derecho— sino por otras ciencias sociales como la sociología, la psicología del consumo, entre otros.

Así las cosas, se reconoce que ese desarrollo tecnológico que conduce a un bienestar en la vida cotidiana —alimentos procesados, medicamentos, electrodomésticos— implica que tenga un correlato, una consecuencia de riesgo o hecho incierto que no depende de la voluntad del productor, comercializador o el consumidor. Así lo describe el sociólogo alemán Ulrich Beck en su clásica obra, *La Sociedad del Riesgo*³; y que también ha sido objeto de reflexión del sociólogo británico —y el más destacado en esa disciplina en su país durante el último medio siglo— Anthony Giddens en su libro *Un mundo desbocado: los efectos de la globalización en nuestros días*⁴.

Pero volvamos al discurso del Presidente Kennedy. Para él los consumidores tienen cuatro derechos principales:

“Necesitamos acción legislativa y administrativa adicional, no obstante, si el Gobierno Federal tiene que hacer frente a su responsabilidad de cara a los consumidores en el ejercicio de sus derechos.

Éstos incluyen:

1. *El derecho a la seguridad, a ser protegidos contra la comercialización de productos que sean peligrosos para la salud o la vida.*

3. BECK, Ulrich. LA SOCIEDAD DEL RIESGO. Paidós. Buenos Aires. 1998.

4. GIDDENS, Anthony. UN MUNDO DESBOCADO: LOS EFECTOS DE LA GLOBALIZACIÓN EN NUESTROS DÍAS. Taurus, 2003.

2. *El derecho a la información, a ser protegidos contra la información, publicidad, etiquetado, o cualesquiera otras prácticas fraudulentas, engañosas o básicamente confusas, y a que le sean suministrados todos los hechos que necesita para tomar una decisión basada en la información.*
3. *El derecho a elegir, a que se le asegure, siempre que sea posible, el acceso a una variedad de productos y servicios a precios competitivos; y en aquellos sectores en los que la competencia no es operativa y la regulación gubernamental es reemplazada, la seguridad de una cantidad y servicio satisfactorio a los mejores precios.*
4. *El derecho a ser oídos, a tener la seguridad de que los intereses de los consumidores serán tenidos de total y comprensivamente en consideración la elaboración de las políticas del Gobierno, y a un tratamiento adecuado y ágil en los tribunales administrativos. Para promover el mayor cumplimiento de estos derechos de los consumidores, es necesario que los programas vigentes del Gobierno sean reforzados, una mejora en la organización gubernamental, y, en determinadas áreas, que se implemente nueva legislación”.*

Insisto: esos puntos tratados por el presidente Kennedy en 1962, siguen teniendo hoy vigencia no solo en la legislación nacional – “nuevo” estatuto del Consumidor —ley 1480 de 2011— sino en el debate legislativo y político nacional.

A su vez, en la Cámara de Representantes se tramita el proyecto de ley 233 de 2017 “por medio de la cual se crean medidas para regular la publicidad dirigida a los niños, niñas y adolescentes para la protección de sus derechos”⁵.

5. Al respecto se puede consultar en la página de la Imprenta Nacional la Gaceta del Congreso número 179 de 2017. Igualmente se pueden leer las interesantes intervenciones desde distintos enfoques en el debate en la Comisión Primera en torno a este proyecto. Particularmente resultan ilustrativas las intervenciones del profesor de la Universidad Militar Nueva Granada Dr. Juan Carlos Villalba Cuellar y del vocero de la Liga de Consumidores de Bogotá Con-summa en convenio con la Universidad La Gran Colombia Javier Francisco Franco Mongua. Ver: <http://www.camara.gov.co/sites/default/files/2017-06/Aportes%20radicados%20en%20audiencia%20p%C3%BAblica%20Mayo%2022%20de%202017..pdf> Consultado el 15 de Noviembre de 2017.

Igualmente, otras organizaciones radicaron otro proyecto de ley con un objetivo similar⁶. El debate ha llegado incluso a los más importantes medios de comunicación de Colombia⁷.

De ser un tema “marginal” hace unas décadas, la protección al consumidor ha llegado a ser un aspecto de debate central en la sociedad civil y políticas nacionales.

Sin embargo, la contracara del derecho del consumidor, es el derecho contra las prácticas restrictivas de la competencia y los llamados “cárteles”. Investigaciones recientes adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, siguiendo sus competencias y los mandatos de la ley 155 de 1959, el decreto 2153 de 1992 y la ley 1340 de 2009, especialmente con el sistema de incentivos – diseñado a partir de la teoría de juegos-; lo precedente, ha permitido que las delaciones lleven a encontrar que hay mercados con presunta existencia de carteles, en mercados como el de pañales, papel higiénico, azúcar, cemento, y al parecer la lista puede seguir de forma indeterminada, pero finita; así se espera principalmente por parte de los consumidores: los más afectados.

Y es sobre estos temas que nos presentan en conjunto este libro, conformado por capítulos que son el resultado de investigaciones serias y realizadas por investigadores de gran prestigio a nivel nacional e internacional. Estos documentos han sido sometidos a evaluación por pares académicos del programa de Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales de la Institución Universitaria Politécnico Gran Colombiano y la Universidad La Gran Colombia; este texto representa un gran aporte por su calidad y pertinencia, a la más reciente bibliografía iberoamericana sobre la materia.⁸

6. <https://www.dejusticia.org/proyecto-ley-busca-regular-publicidad-de-alimentos-no-saludables-dirigida-a-menores/> consultado el 15 de Noviembre de 2017.

7. <https://www.elspectador.com/opinion/editorial/hablar-de-comida-chatarra-articulo-722011> Consultado el 15 de Noviembre de 2017 y <http://www.eltiempo.com/opinion/editorial/no-a-la-comida-chatarra-mala-alimentacion-en-ninos-149448> consultado el 15 de Noviembre de 2017.

8. RUSCONI DANTE D (CORDINADOR) MANUAL DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR. Abeledo Perrot. Buenos Aires 2009.; VILLALBA CUELLAR, Juan Carlos. INTRODUCCIÓN AL DERECHO DEL CONSUMO. Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá 2012.;

PRÓLOGO

Tengo la convicción que este libro será de referencia obligada para todo aquel que quiera hoy en nuestro medio, encontrar un panorama sobre el derecho de la competencia y la protección al consumidor.

GUAL ACOSTA, José Manuel y VILLALBA CUELLAR Juan Carlos, Directores, Gustavo Ibañez Ed. Y Universidad Santo Tomás, Bogotá. 2013.
HEREDIA QUERRO, Juan Sebastián. Et al. LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR Comentada, anotada y concordada. Ed. Errepar Buenos Aires. 2013. ALVAREZ RUBIO, Julio (Coordinador) LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS CONSUMIDORES EN EL ESPACIO EUROAMERICANO, Comares, Granada 2014.

INTRODUCCIÓN

El derecho de consumo y la protección a los consumidores, son temas que están ocupando particularmente a la doctrina colombiana desde la entrada en vigencia del Estatuto del Consumidor en 2011, y a raíz de sus posteriores reglamentaciones, las cuales ponen en perspectiva el entendimiento que de ella deben hacer los consumidores en general, y los consumidores sectoriales, respecto al ámbito de aplicación de la misma y al alcance y trascendencia de sus preceptos.

Así, se empieza por desarrollar el concepto de autonomía de la voluntad, visto ahora sí, en el ejercicio del derecho a contratar de las personas, en el marco de sus relaciones de consumo, donde alguna vez se llegó a cuestionar la validez de estos actos, con el entendido de que la adhesión no constituye un verdadero consentimiento.

Superada esta cuestión, en cuanto la interpretación que puede llegar a hacerse del artículo 855 del código de comercio, debe entenderse que la adhesión simple y llana a la propuesta es aceptación, y por lo tanto, se perfecciona el consentimiento, dando paso al análisis de las transformaciones

a las que el derecho privado, particularmente el derecho de consumo, se ha visto enfrentado en virtud de las exigencias y demandas de la sociedad moderna, y por las que ha tenido que hacer modificaciones y replanteamientos de sus principios y reglas más fundamentales, a través de inclusiones expresas y concretas en la norma, pero cuyo alcance va más allá de lo que puede entenderse en la literalidad.

Vemos entonces, cómo allí, donde los contratos son predispuestos y una de las partes ha tenido que aceptar cláusulas preestablecidas por la otra parte que posee la comprensión sobre el alcance del contenido del contrato, va delimitándose el ejercicio de la autonomía con mayor rigurosidad, o más bien, se va dejando menos margen de acción a los consumidores en sede de contratación, prohibiéndole a las partes contratantes incluir cierto contenido, a pesar de su voluntad, porque el legislador ha considerado que para la efectiva protección de los consumidores hay derechos a los que estos no pueden renunciar, por una parte, y por otra, obligaciones que los productores y proveedores no pueden dejar de cumplir.

Se configuran entonces los controles al contrato de consumo, controles que la doctrina comparada ha denominado de contenido y de incorporación., El primero, que se materializa en una cláusula general que establece el criterio de abusividad y le da al juez la facultad de determinar, juicio a priori, si las cláusulas contenidas en un contrato con consumidores son abusivas o no, criterio que viene determinado por el desequilibrio en perjuicio del consumidor.

Junto a este criterio general, se establece una lista de cláusulas abusivas consideradas así de pleno derecho, que no permiten juicio en contrario y cuyo cumplimiento no queda sometido a la voluntad de las partes en cuanto se trata de verdadero derecho imperativo, de una lista negra de cláusulas que serán consideradas abusivas en cualquier circunstancia en la que actúe un consumidor.

Por su parte, el control de forma o control de incorporación, configurado mediante un deber de información correcta, tanto en la forma de redacción que garantice el entendimiento del alcance del contenido de las cláusulas, como en la oportunidad con que esta información debe ser dada con el fin de perfeccionar el consentimiento, el conocimiento efectivo por parte del consumidor de las condiciones bajo las cuales contrata, o al menos la posibilidad de conocimiento efectivo que no puede darse de manera correcta sin el correlativo deber de informarse del consumidor, o lo que es lo mismo, sin la debida diligencia en el ejercicio de sus derechos.

Así, al analizar el derecho de consumo y su implementación en Colombia, se parte de la preceptiva constitucional expuesta en el artículo 78 con un especial énfasis en la calidad de los bienes y servicios ofrecidos y los deberes que de ella se derivan, verbigracia el suministro de información adecuada, pertinente y veraz. De allí el carácter garantista de la carta política que en palabras de la Corte Constitucional propende por la debida protección de las partes inmersas en la relación comercial consumidor y quien produce y comercializa bienes y servicios.

No obstante, el capítulo va más allá de la exposición constitucional, y se introduce en el ámbito de la responsabilidad civil, partiendo de sus antecedentes en el Derecho Romano y sus premisas de no dañar al otro y dar a cada uno lo suyo, entre otras.

Por tanto, la responsabilidad en la actividad de consumo se enmarca en la concepción de daño o perjuicio causado a otro, debido al ejercicio de la actividad jurídico mercantil y se orienta a forjar soluciones eficientes para quien sufre detrimento en el curso normal de sus negocios civiles y comerciales, siendo esencial su resarcimiento mediante un pago de indemnización de perjuicios.

Con la pretensión de integralidad, los autores van más allá de la visión jurídica y afirman cómo la noción de responsabilidad puede apreciar-

se desde el aspecto filosófico a partir de la concepción de libertad; afirman que el ser humano es libre de sus actos pero esclavo de sus consecuencias, y que frente a la producción de daños no se puede aceptar la impunidad porque ella llevaría al relajamiento de la disciplina y convivencia sociales. Una posición semejante implicaría que la víctima debe soportar, sin más, los daños injustificados, y que por tanto el responsable está exento de indemnizarlos., en detrimento de los valores y principios que la filosofía ha abanderado.

A su turno, presentando los argumentos del maestro Hinestrosa en su Tratado de las Obligaciones, afirman que en la responsabilidad contractual se obliga no solo al cumplimiento de lo pactado, sino también a todas las consecuencias del contrato que generó las obligaciones, sea este unilateral, bilateral, oneroso, conmutativo, consensual, instantáneo o de tracto sucesivo, encontrándose en la falta a su puntual cumplimiento la responsabilidad del pago de daños y perjuicios.

Ya en la materia del derecho al consumo, los autores analizan el estatuto del consumidor, iniciando con sus antecedentes en la Ley 73 de 1981 que creó mecanismos, procedimientos, organismos y regulaciones, a través de las cuales el gobierno contó con facultades para intervenir en el control de la distribución de bienes y servicios; estas facultades se relacionaron especialmente con el establecimiento de la responsabilidad de los productores por la idoneidad y la calidad de los productos y servicios ofrecidos, así como por las leyendas, marcas y la publicidad empleadas para su comercialización.

La mencionada normatividad fue reglamentada por el Decreto 1441 que presentó como gran garantía a favor de los consumidores la creación y el reconocimiento de las ligas y asociaciones de consumidores, cuyo objeto consistió en garantizar la protección, información, educación, representación y respeto de los derechos de los consumidores de bienes y servicios; así mismo velar por el pago de las indemnizaciones, entidades que

persisten a la fecha y que se han constituido en verdaderos mecanismos para la debida protección de la relación de consumo.

Es de especial significación para el orden jurídico el Decreto 3466 de 1982, que se mantuvo vigente hasta la expedición de la Ley 1480 de 2011, por cuanto en él se definieron los términos productor, proveedor o expendedor y consumidor, propaganda comercial, idoneidad, calidad y registro de bienes y servicios. También se delimitaron aspectos como garantía mínima presunta, marcas, leyendas, propagandas, obligaciones, sistemas de fijación de precios máximos al público, responsabilidad, indemnización de perjuicios y causales de exoneración para productores por idoneidad de bienes y servicios.

Para otorgar eficacia al modelo de estado descentralizado, la Ley 446(1998) otorgó competencias jurisdiccionales a la Superintendencia de Industria y Comercio en asuntos de competencia desleal. A su vez, como ha dicho la doctrina, la Ley reguló el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, como también el deber de suministrar información al público durante la comercialización, lo que llevó a configurar un tipo de responsabilidad civil objetiva o riesgo creado.

Llama la atención el tema de la calidad inserto en el estatuto del consumidor que se manifiesta entre otros aspectos en las unidades legales de medida usadas para la navegación marítima, por razones de investigación científica o por razones de seguridad. La metrología se funda en lo señalado por la OMC.

Sin embargo, se concluye que el estatuto de protección al consumidor Ley 1480 de 2011 no aporta grandes cambios frente a las normas legales que se venían aplicando. Tampoco deroga ni reemplaza las normas especiales de cada sector económico, ni hace obligaciones de resultado a todas aquellas en las que resulte involucrado un consumidor con un productor o proveedor de cualquier producto o servicio.

El ejercicio responsable y consciente de la autonomía privada que obliga al consumidor a asumir las consecuencias de sus propias acciones, ha sido también abordado en nuestro estudio desde la perspectiva sectorial, analizando mediante un estudio de caso en el que se parte desde la certeza de que existe un grado de racionalidad en los individuos-ciudadanos-inversores que participaron en los esquemas piramidales, y que generaron la crisis socioeconómica de 2008 en Colombia. Considera que la racionalidad intrínseca de los ciudadanos debe ser evaluada al momento de determinar la responsabilidad de los mismos en el surgimiento, acogida, desarrollo y caída de las pirámides; y en particular, en las pérdidas sufridas por ellos mismos. Como hipótesis fuerte, sostiene que -en tanto inversores- es irracional para los ciudadanos creer en los altos rendimientos ofrecidos por estas sociedades. Con base en esto, propone que es improcedente la reclamación de Responsabilidad del Estado por su obligación de vigilancia y control de dichas sociedades. Por el contrario -afirma- un análisis juicioso de la dinámica de las pirámides devela configurada la causal de exoneración tipificada como culpa exclusiva de la víctima, o en palabras llanas: los únicos responsables por las pérdidas generadas, son los inversores de estas sociedades.

Pero la protección al consumidor no puede verse solamente desde la perspectiva del derecho privado. Como ya es comúnmente reconocido el derecho privado -como todas las áreas de la disciplina- se ha visto fuertemente influenciado por la perspectiva de la constitucionalización. Además de que debe reconocerse que el derecho sustancial no puede tener una efectiva aplicación sino existe el derecho de accionar ante las autoridades públicas con el fin de lograr la protección de los derechos de los particulares. Ahora bien, es necesario estudiar las competencias de dichas entidades en el campo de la protección al consumidor para el caso colombiano, que resulta muy particular, dadas las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, reglado hoy en el artículo 24 del Código General del Proceso.

Esto se analiza desde distintas perspectivas. En primera instancia, se exponen las competencias del legislador 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, que debe tener en cuenta, la protección especial de esos derechos reconocida por la Carta y estar orientada hacia su completa efectividad. Estas competencias no son ilimitadas, tema que ha sido abordado por la corte constitucional que consideró el principio de libertad configurativa de los regímenes de protección especial, y se subordina al cumplimiento razonable del programa de defensa instituido por la propia Constitución, cuyo desarrollo se confía al órgano democrático. Por consiguiente, el legislador no goza de libertad absoluta para configurar el régimen de los derechos de los consumidores; en su accionar debe sujetarse al mandato superior para una íntegra protección, lo que implica la revisión del proceso productivo y con ello lograr normas que blinden de la desigualdad a los consumidores en las relaciones del mercado.

Pasando al tema central del capítulo, llama la atención en relación con las funciones jurisdiccionales de la SIC, el control constitucional que llevó a cabo la Corte Constitucional que se concentra en tres hipótesis con trato diferencial: la primera, cuando la función jurisdiccional se ejerce bajo imparcialidad e independencia, caso de la sentencia C-1143 de 2000, que declaró la constitucionalidad de la posibilidad de que la Superintendencia de Sociedades pudiera incoar la acción revocatoria concursal. En el segundo evento, no es posible distinguir la función de control y vigilancia de la jurisdiccional expuesto en la sentencia C-1641 de 2000, en relación con ciertas funciones judiciales de la Superintendencia Bancaria. Por último, cuando se presentan interferencias entre las funciones judiciales y las labores de vigilancia y control, lo que implica que la entidad ajuste su estructura y funcionamiento para proteger la imparcialidad de la función judicial. Para este caso, ver sentencia C-649 de 2001 en relación con las atribuciones judiciales de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de competencia desleal. Esta última posición fue reiterada para las funciones de la SIC en protección al consumidor.

Posteriormente y trayendo un concepto propio de la jurisdicción ordinaria que data de 1887, se emplea la doctrina probable a los actos administrativos que contienen las decisiones de la SIC, con fundamento en la Ley 1340 de 2009 y bajo criterios sistemáticos considerados por el legislador conforme el artículo 333 constitucional que trata de la actividad económica y la iniciativa privada e impone el deber al Estado de evitar su restricción; con fundamento en ello y en la seguridad jurídica que debe acompañar a los ciudadanos se motivó la adopción de la doctrina probable por parte de la SIC.

Luego del análisis de la doctrina probable se aborda el tema de las funciones jurisdiccionales y su remisión al artículo 24 de la Ley 1562 de 2012, código general del proceso. Este lista los eventos de jurisdicción en seis numerales. Para el caso en estudio solo es pertinente el numeral 1 que señala 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.

Termina este capítulo con la remisión al debido proceso en la actuación jurisdiccional de la SIC. Bajo un análisis jurisprudencial del tema se afirma que su acatamiento garantiza la simetría entre el texto constitucional y legal otorgando la legalidad y legitimidad a las actuaciones de la SIC en el Estado Social de Derecho Colombiano.

Las más recientes experiencias en diversos sectores de la economía colombiana, han demostrado que la protección al consumidor no sería efectiva sin una regulación clara y eficaz al derecho de la competencia, dentro de un marco jurídico que garantice la libre concurrencia de empresas compitiendo entre sí, en las mismas condiciones, frente a unos consumidores responsables, quienes directamente deciden su permanencia o preferencia por determinados productos o servicios sin injerencias ni barreras innecesarias impuestas por terceros, sean los mismos empresarios o el Estado.

En este sentido, se aborda el tema de los carteles, aquellos instrumentos por los cuales las empresas, mediante sus voluntades, a través de acuerdos escritos o cooperación efectiva no convenida formalmente, manipulan la competencia e inciden en el curso de las relaciones comerciales, afectando directamente al consumidor.

En el desarrollo del tema y a partir de la información arrojada por los casos de estudio y el análisis que de ellos hace la doctrina, se logra identificar que las formas de cartelización más utilizadas por las empresas colombianas e internacionales, son los acuerdos sobre fijación de precios, la repartición de mercado y la asignación de cuotas de producción y distribución.

En cuanto a los carteles de exportación, se analiza el problema de la territorialidad de la norma, en cuanto a que sus efectos se producen en un país diferente de aquel en que se originan los acuerdos, y lo complejo que resulta determinar los preceptos y el ordenamiento bajo los cuales se pueden sancionar, así como la cuestión de si estos se encuentran en el ámbito del derecho de la competencia o no, y sus efectos, que tanto para el mercado como para el consumidor directamente, se pueden producir en el marco de la aplicación de un tratado de libre comercio.

Se mencionan algunas de las investigaciones que por estas conductas antijurídicas se han ventilado y algunas de las sanciones impuestas por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio a grandes sectores empresariales, muchos de ellos, con productos o servicios de primera necesidad a los que el consumidor colombiano forzosamente debe acceder, ocasionándoles con esto un grave perjuicio económico.

El tema de competencia, sin embargo, afecta tanto al sector privado como al público; no en vano se reconoce que uno de los aspectos más importantes en los regímenes de protección de la competencia, es el relativo al sistema de compras públicas mediante el cual las entidades del Estado,

tras adelantar los procesos de selección de contratistas,, encuentran el bien o servicio adecuado para la satisfacción de una necesidad previamente identificada y cuya atención permite el logro de los fines esenciales del Estado definidos en la norma *normarum*.

El desarrollo de este sistema de compras estatales supone unas dinámicas especiales en el mercado dada la interrelación *sui generis* que existe entre sus participantes, el segmento de la economía al que se acude, así como en cuanto a su identificación, calidad e interacción de los agentes que concurren para la presentación de las diferentes ofertas que participarán en el trámite para la selección de la mejor opción.

Desde esta óptica, resulta evidente la necesidad de adelantar una revisión de la normatividad que regula la materia, así como las competencias que deben ejercer los servidores públicos encargados de la estructuración y dirección de los procesos de selección, así como de las actividades a su cargo durante la ejecución del contrato estatal que inciden en la protección de los intereses del Estado como consumidor.

En este contexto, resulta necesario realizar un análisis sobre: i) la normatividad en materia de defensa de la competencia que regula esta realidad en el país y su relación con las disposiciones aplicables a la contratación estatal en Colombia; así mismo revisar: ii) las normas especiales en materia de competencia creadas por la ley y el reglamento dentro del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y las disposiciones que lo complementan, analizando su suficiencia frente a los objetivos que persigue, así como: iii) un estudio con perspectiva crítica del alcance práctico de las diferentes actuaciones que pueden adelantar los servidores públicos con el fin de evitar la materialización de prácticas que afecten el mercado de las compras públicas, en consideración de los diferentes aspectos diferenciadores del sector propio al que acude el Estado para la satisfacción de sus necesidades, y, por último: iv) el planteamiento de determinados cursos de acción que podrían adoptarse con el fin de me-

jorar el control de las conductas que afectan la competencia en los procesos de selección de contratista, como quiera que la asignación de la competencia privativa atribuida a la Superintendencia de Industria y Comercio para conocer de las investigaciones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia que asignó la Ley 1340 de 2009, produce en la práctica una limitación para el adecuado control y prevención frente a la ocurrencia de tales afrentas al mercado de las compras públicas, en razón a la insuficiente capacidad humana y técnica del ente de supervisión, inspección y vigilancia, para atender las irregularidades presentadas en todo el territorio nacional.

Ahora bien, el estudio de las prácticas que afectan el desenvolvimiento adecuado del mercado de compras públicas en Colombia, debe abordar de manera obligatoria el análisis de una conducta típicamente atentatoria del régimen de competencia: la Colusión. Esta práctica se entiende como la acción adelantada entre dos o más personas que logran un acuerdo o convenio que afecta a un tercero, y representa un alto riesgo de ocurrencia durante los procesos de selección de contratista que adelantan a diario las entidades estatales..

El estudio de los aspectos señalados plantea más inquietudes que las respuestas que podrían obtenerse, en razón a la complejidad de las diferentes situaciones que usualmente se presentan, así como por la reducida capacidad institucional para el adecuado control de la problemática.

Así, surgen innumerables dudas que merecen un serio estudio académico como: ¿cuáles son las acciones concretas que pueden adelantarse para impedir la celebración de acuerdos específicos entre los oferentes en un proceso de selección de contratista, orientadas a la adjudicación del contrato en favor de uno de los proponentes en detrimento de los intereses públicos y los derechos de los demás participantes? ¿Cómo puede identificarse la conducta colusoria de las diferentes actuaciones que se presentan típicamente en un proceso de selección de contratista? ¿Es posible, a la luz

del ordenamiento colombiano, detener un proceso de selección de contratista ante el riesgo de producción de los efectos del acuerdo colusorio? Si ello es así, ¿Cuál es el trámite (administrativo o judicial) que debe adelantarse y quién está legitimado para promoverlo y qué entidad (además de la Superintendencia de Industria y Comercio) es competente para decidir e imponer las sanciones correspondientes? ¿Existe la posibilidad de cuestionar la legalidad del negocio jurídico estatal si se demuestra que se celebró como resultado de la materialización de un acto de colusión? ¿La presencia del acuerdo colusorio limita efectivamente la posibilidad de las entidades públicas de contar con un mayor número de ofertas para evaluar?

Estas y otras inquietudes que nacen en virtud del análisis de las conductas que afectan la competencia en el mercado de compras públicas deben estudiarse con óptica académica pero con el firme propósito de presentar alternativas para mejorar la gestión de la administración pública.

Punto aparte merece la consideración sobre la ocurrencia de estas prácticas restrictivas de la competencia en los regímenes exceptuados, que se aplican en una gran proporción en el sector público, como quiera que por disposición legal existen entidades a las que se les ha permitido la aplicación de procedimientos especiales para la adquisición de sus bienes y servicios y que, por lo tanto, no son destinatarios de las normas legales y reglamentarias que componen el Estatuto General de Contratación Pública. Esta realidad hace que en la práctica se evidencie la coexistencia de un régimen público con diferentes regímenes privados para la satisfacción de necesidades del Estado, cuya satisfacción, pese a que se deben atender con recursos públicos, permite la interacción de diferentes personas naturales y jurídicas en procesos de selección como oferentes en el mercado sin el sometimiento a las reglas a las que están sometidas la mayoría de entidades estatales.

De esta forma la INSTITUCION UNIVERSITARIA POLITÉCNICO GRAN COLOMBIANO, su Facultad de Ciencias Sociales y su

programa de Derecho, y la UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA a través de su Facultad de Derecho, presentan a la comunidad académica esta obra conjunta, que ha sido arbitrada y cuyos capítulos son, todos, resultado de proyectos de investigación con aval institucional, adelantados por sus docentes investigadores; con el apoyo, varios de ellos, de estudiantes vinculados a sus semilleros. Esto con el fin de contribuir al mejor entendimiento de un área del derecho que si bien no es tan reciente en el mundo jurídico -en Colombia un primer corpus normativo, Decreto 3466, se produjo hace cerca de treinta y cuatro años-, si ha tenido una mayor recepción en el campo jurídico y en la sociedad civil así como en los medios de comunicación en los últimos años, como resultado -entre otras razones- de la expedición de la Ley 1480 de 2011, conocida como el Estatuto del Consumidor.

Como lo expresara en su momento el profesor García Canclini, en su ya clásico libro “Consumidores y Ciudadanos”, la nueva ciudadanía, de finales del siglo XX y principio del siglo XXI, no se ejerce solamente a través del voto, sino de los derechos y acciones que como consumidores tenemos todos en el mercado. Así el acto de consumo, no es solamente un acto meramente económico, a través de instrumentos jurídicos - los contratos-, sino que el consumo es, también, en esencia, un acto político.

El consumo sirve también para poder reconocerse y ser reconocido en la sociedad. En el título de su gran y también monumental obra, Bourdieu, resume lo que ello significa: “La distinción” con subtítulo “Criterio y bases sociales del gusto”, en donde explora a profundidad cómo a diferencia del análisis clásico del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX -tanto desde visiones liberales como marxistas- la personas se identificaban en el momento de la producción, burgués, empresario, obrero, proletario. En su obra, el sociólogo francés, nos enseñó que también, o esencialmente, las personas se pueden reconocer en el momento del consumo: una especie de “dime lo que consumes y te diré quién eres”.

Así pues, para la INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA POLITÉCNICO GRAN COLOMBIANO, y para la UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA, es motivo de regocijo presentar un primer producto de un trabajo en equipo, que abre el camino, esperamos, a muchos y variados proyectos de colaboración en áreas investigativas, docentes y de proyección social, que esperamos permitan contribuir de mejor manera a cumplir sus objetivos académicos y sociales, haciendo sinergias por un mejor vivir en sociedad. La calidad de este primer trabajo deberá ser juzgada por los lectores, quienes además de imparciales son rigurosos, y los únicos destinatarios de este esfuerzo.