

I. La Constitución Económica y el Derecho del Consumo

A. Introducción

"En la base de todo orden social, se encuentra una determinada organización económica y, a este respecto, hay que tener presente que el Estado es siempre el marco más importante de la vida económica¹, sea este un país capitalista, socialista o con sistema de economía mixta. Igualmente, la ordenación fundamental de los poderes públicos, sus interrelaciones, los derechos y libertades de los ciudadanos, se debe hacer sobre la base de una estructura socioeconómica, que requiere, para su funcionamiento adecuado, un conjunto de normas que jerárquicamente dependan de la Constitución. Esto hace que todo texto constitucional opte, implícitamente, por una organización económica, aunque formalmente no lo exprese como sucedió en las primeras constituciones modernas². Es así, como en el Constitucionalismo clásico la tabla de derechos fundamentales no puede tratarse aisladamente de la concepción político-económica, puesto que esos derechos son piezas básicas de una organización económica.

La consagración constitucional de los principios fundamentales del orden económico es un fenómeno reciente. Tradicionalmente en las constituciones no se consagraba el sistema económico que imperaría, lo que se hacía era plantear principios económicos que al ser interpretados podían fácilmente conducir a interpretaciones ambiguas o contradictorias, haciendo inoperante asegurar las garantías constitucionales en materia económica. Esta situación era consecuencia de la necesidad de los gobernantes para garantizar una discrecionalidad que determinará aspectos fundamentales del orden económico, basados en que la economía tiene una dinámica propia, mayor que la que afecta a la Constitución Política, lo cual debería reflejarse en la neutralidad económica de la Constitución. Pero el sistema económico, no debe someterse a los cambios de los gobernantes, puesto que ello conduciría a la posibilidad de una inestabilidad política y económica; lo que se busca es que la Constitución defina la estructura y organización de la economía, como son las libertades y funciones de los individuos y grupos sociales, el reparto de poder de las instituciones y la delimitación de la intervención estatal, de una forma amplia y flexible que permita optar entre limitadas formas de organización económica, como modificaciones alternativas de la estructura que define la Constitución, adaptando la norma a la realidad, sin que ello implique un orden socioeconómico distinto que pueda resultar contrario a la misma.

A partir de la primera Guerra Mundial, a raíz del tránsito del capitalismo liberal al neocapitalismo de la sociedad de consumo y de la necesaria intervención del Estado en la economía, algunos textos constitucionales configuran expresamente la estructura socioeconómica elegida. La constitucionalización de los principios que enmarcan un sistema económico y que regulan el modo de realización de todas las relaciones económicas da nacimiento a la Constitución económica, expresión que tuvo su origen en Alemania a partir de los años treinta suscitando mucha polémica a su alrededor³.

Constitución económica

MERCADO Y

DERECHO DEL

CONSUMO

Javier López Camargo

La Constitución económica se concibe como la ordenación de la propiedad, del contrato y del trabajo; de la forma y extensión de la intervención del Estado; de los derechos que legitiman la actuación de los sujetos económicos; el contenido y límite de estos derechos; la responsabilidad que comporta el ejercicio de la actividad económica; así como la organización y la técnica de la producción y la distribución. La fijación en la Constitución de un sistema económico concreto, puede venir determinado bien de forma expresa y precisa o bien de forma implícita. Esta última, porque no necesariamente un sistema económico surge directamente de una declaración formal en el documento constitucional, sino que también puede surgir de la consideración conjunta y sistemática de los principios que la inspiran en el terreno económico y social, de los derechos que se atribuyen a los participantes en la actividad económica (empresarios, trabajadores, consumidores, Estado), de las limitaciones que se imponen a estos derechos y de los modos de actuación del Estado.

B. Constitución Económica de Colombia

Del estudio de la Constitución de 1991 encontramos que existen textos constitucionales abstractos y ambigüedad en algunas de las cuestiones relacionadas con el sistema económico, lo que da origen a que el estudio del régimen jurídico de la actividad económica presente ciertas dificultades por el carácter neutro que aparentemente pudiera tener. Pero esta ambigüedad y el silencio de la Constitución acerca del sistema económico no necesariamente equivale a indiferencia ni a neutralidad, porque a través de la integración del conjunto de derechos individuales más el conjunto de normas de contenido socioeconómico, mediante las cuales se establecen los principios que rigen la actividad económica desarrollada por los individuos y por el Estado, se puede inducir el sistema económico. Realmente, más que Constituciones indiferentes, neutras o beligerantes, hay Constituciones que consagran expresa y directamente un sistema económico y Constituciones en las que el sistema subyace bajo los principios generales y está implícito en los derechos individuales y colectivos⁴.

En el Preámbulo de la Constitución de 1991 se empieza a traslucir el sistema económico de nuestro Estado, cuando se afirma que la voluntad del pueblo, al decretarla, sancionarla y promulgarla, es "asegurar a los integrantes de la Nación..., la justicia..., dentro de un marco jurídico democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo". Sobre la base de esta voluntad popular, se puede decir que el marco jurídico

que consagra el instrumento técnico mediante el cual se construye un ordenamiento determinado y las normas jurídicas que le sirven de base o de soporte deben ser expresión del valor *justicia*, como valor supremo del ordenamiento jurídico con el que debe guardar correspondencia toda norma jurídica de nuestro ordenamiento. La justicia no es sólo la conmutativa, basada en el principio de equilibrio o igualdad formal, puesto que ella se ha ampliado por la cuestión social, elemento fundamental de la acción del Estado, el cual debe promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (inciso 2º del art. 13 de la Constitución Política).

La finalidad de asegurar la *justicia* a los integrantes de la Nación y la voluntad de garantizar un *orden económico y social justo*, se concreta, inicialmente, en el artículo 1º de la Constitución de 1991 al consagrar como principio fundamental al Estado Social de Derecho, el cual debe realizarse en el marco de un sistema económico que, de acuerdo con el contenido de las normas constitucionales, consiste en un sistema económico intermedio cuya estructura es el mercado, pero matizado por una clara facultad de intervención de ese Estado Social, basada en la *justicia social* que rompe la regla del equilibrio formal para sostener la necesidad de protección al débil (ejemplo de ello es su consagración en la Constitución Política en los arts. 13 -*igualdad real y efectiva*-, 78 -*protección de los derechos del consumidor*- y 95 numeral 1º -*abuso del derecho*-) .

Por qué la estructura es el mercado? Por varias razones consagradas constitucionalmente, entre las cuales cabe destacar:

1. El orden social es una organización de la sociedad que pretende asegurar la protección del grupo, su subsistencia, la paz en las relaciones sociales y la realización de un ideal de civilización. André Hauriou. *Derecho Constitucional e instituciones políticas*. Colección Demos, Barcelona, Edit. Ariel, 1980, p. 151.
2. Lucas Verdú. *Curso de Derecho político*, Vol. II, Madrid, Edit. Tecnos, 1977, p. 423.
3. La expresión "Constitución económica" provoca entonces cierta explicable resistencia por parte de los juristas del Derecho público, para los que o era un concepto impreciso o aberrante, o, en cuanto pieza de la Constitución del Estado, no pasaba de ser un supuesto básico ideal. Lojendio e Iure. "Derecho Constitucional económico". *Constitución y economía (La ordenación del sistema económico en las Constituciones occidentales)*, Madrid, Centro de Estudios y Comunicación Económica, 1977, pp. 82 y 83.
4. Angel Rojo. "Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española". *Revista de Derecho Mercantil*, Nº 169-170, Madrid, julio-diciembre de 1983, p. 311.

– El artículo 58 de la Constitución Política garantiza la propiedad y los demás derechos adquiridos. El artículo 61 *ibid.* reconoce y protege la propiedad intelectual;

– El artículo 295 de la Constitución Política de 1991, al tratar el tema de la emisión de títulos y bonos de deuda pública por parte de las entidades territoriales, prescribe que lo harán con sujeción a las condiciones del "*mercado financiero*";

– El inciso 4º del artículo 333 de la Constitución Política, al tratar el tema de la libertad económica y el abuso de posición dominante hace referencia al "*mercado nacional*" que debe entenderse como que el sistema de mercado se aplicará en todo el territorio colombiano en sus diferentes manifestaciones: mercado de bienes y servicios, mercado financiero, mercado de trabajo, etc.;

– Las libertades económicas, constituidas por la libertad de empresa y la libre competencia consagradas en el artículo 333 de la Constitución Política de 1991, no pueden realizarse en otro marco que no sea la economía de mercado. La libertad económica constituye la base de la libertad política y el instrumento a través del cual la persona se procura su propio bienestar en un mercado⁶. La libertad de empresa es un derecho autónomo y no derivado, en cuanto que su contenido esencial no es manifestación de otros derechos o libertades y se manifiesta en tres dimensiones: la libertad de acceso al mercado, la libertad de ejercicio de la empresa y la libertad de cesación en ese ejercicio.

Pero, reitero, ese mercado de la Constitución Política de 1991 no es en su estado puro: máximo respeto de las libertades económicas y de la autonomía de la voluntad. Se encuentra matizado. Ello se desprende de su articulado, que por intermedio de la combinación de elementos heterogéneos procedentes de los dos sistemas económicos (mercado y dirección central), permite la elaboración de un sistema intermedio que podríamos denominar como un sistema de economía de mercado del Estado social, que se opone tanto al sistema de

dirección o planificación central y coactiva o imperativa, en el que los medios de producción son de propiedad del Estado y las organizaciones empresariales son simples ejecutantes de las decisiones adoptadas por el órgano central planificador, como al sistema de economía de mercado del liberalismo clásico, en el que la autónoma consecución de los respectivos intereses particulares se considera la mejor garantía del interés general. La formulación expresa de la idea del Estado social permite colocar a las libertades económicas, propias del mercado, en el marco principal configurado por ese Estado social y cuyos lineamientos se encuentran consagrados constitucionalmente, lo que permite una presencia más activa del Estado, por medio de los mecanismos de intervención.

El papel del Estado social como compensador o corrector en la *economía de mercado*, se adiciona a su protagonismo como generador y regulador del sistema económico, y es en este preciso punto en el que debemos situar las distintas formas de *intervención del Estado sobre la economía*, ya sea valiéndose del derecho para influir en los procesos de mercado, desarrollando los llamados servicios públicos o actuando como empresario para constituir determinados fines de interés público⁷. Interviene en los procesos de mercado, mediante una *regulación global* así como a través de intervenciones concretas en la perspectiva de las metas propias del Estado social⁸.

...sistema de economía de mercado del Estado social, que se opone tanto al sistema de dirección o planificación central y coactiva o imperativa, en el que los medios de producción son de propiedad del Estado...

C. Consagración constitucional de la protección del consumidor

La necesidad de proteger integralmente al consumidor, potencial o actual, viene actuando como idea motriz de una serie de acciones de política legislativa.

En el plano del Derecho Constitucional comparado, entre los Estados miembros de la Unión Europea, Portugal y España han consagrado en sus Constituciones la defensa de los consumidores. La Constitución portuguesa la consagra en su Título III (Derechos y deberes económicos, sociales y culturales), Capítulo I (Derechos y deberes económicos), artículo 60: *1. Los consumidores tienen derecho a una calidad de los bienes y servicios consumidos, a una formación e información, a una protección de la salud, seguridad y de sus intereses económicos, al igual que a una reparación de daños. 2. La publicidad será reglamentada por la ley, siendo prohibidas todas las formas de publicidad oculta, indirecta o dolosa. 3. Las asociaciones de consumidores y las cooperativas de consumo tienen derecho, en los términos de la ley, al apoyo del Estado y a ser oídas sobre las cuestiones que sean relativas a la defensa de los consumidores* (traducción literal no oficial).

Posteriormente España hizo lo mismo en el artículo 51 de su Constitución: *1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la Ley establezca. 3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.*

En América Latina, Brasil y Colombia han consagrado en sus Constituciones los derechos del consumidor; el primero, en los artículos 50, inciso XXXII (la protección del

consumidor como un deber del Estado), y 170, inciso VI (integrando los principios de orden económico), de su Constitución Federal de 1988, pero, además en su artículo 48 de las Disposiciones Transitorias de la Constitución incluyó la obligación al Parlamento de aprobar un Código de Defensa del Consumidor (Ley 8078 de 11 de septiembre de 1990)⁹. En Colombia, se consagra, por un lado, en el artículo 78 de la Constitución la protección del consumidor como un derecho colectivo, según el cual, será la ley la que regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización; por otra parte, se consagra, en el artículo 334 de la Constitución, la intervención del Estado en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes.

5. El mercado es un sistema mediante el cual unas empresas ofrecen bienes y servicios, que son demandados y adquiridos por consumidores y usuarios. Dentro de la noción de mercado, no se nos debe olvidar que una de sus principales partes lo integra el mercado financiero, que se distingue del de bienes y servicios por su objeto específico que lo constituye el dinero y el crédito, bien directamente o representados en valores negociables.

6. Ciro Angarita Barón. "La libertad económica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: aproximación fugaz". *Constitución Económica Colombiana*, Bogotá, El Navegante Editores, 1996, p. 165.

7. Alberto Alonso Ureba. *La empresa pública, aspecto jurídico-constitucional y de Derecho Económico*, Madrid, Edit. Montecorvo, 1995, pp. 55-83.

8. En el moderno capitalismo se dan tres mecanismos que podrían ser considerados como compensadores frente a las disfuncionalidades de los procesos de mercado, que, teniendo en cuenta las diferentes posiciones doctrinales, podemos identificar así: la regulación económica, la política de defensa de la competencia y la desregulación.

9. Ada Pellegrini Grinover. "La nueva normativa brasileña del consumidor". *Estudios sobre consumo*, Nº 25, Madrid, Instituto Nacional de Consumo, 1992, p. 13.

II. El consumidor y el mercado

Según *Norbert Reich*, si en un modelo de competencia perfecta, como la que preconizaba la ideología liberal imperante en el siglo XIX, ninguno de los agentes posee el poder suficiente para influir con su comportamiento en los resultados del mercado, rigiéndose éste por fenómenos externos independientes de cada uno de ellos y decidiendo el consumidor en última instancia sobre los resultados del mismo mediante la satisfacción de sus necesidades, no puede decirse lo mismo cuando en el mercado existe una situación de poder, lo cual conduce a resultados diametralmente opuestos, producto de la contraposición de intereses que se dan en el sistema de mercado. El conflicto entre empresas y consumidores, resulta, en cierto modo, inevitable habida cuenta el diferente enfoque de valoración de intereses de cada uno de ellos. Mientras que para las empresas la valoración de los bienes tiene lugar según las reglas del valor de cambio, que en la esfera de la circulación de las mercancías supone que éstas son adquiridas normalmente para satisfacer el intercambio entre valores de uso y valores de cambio con el objetivo de alcanzar el resultado de una maximización de ganancias; para los consumidores o usuarios, último eslabón del proceso de mercado, la valoración se lleva a cabo en términos de valor de uso, en la medida en que los bienes o servicios se hallan destinados para su consumo con el fin de satisfacer las necesidades individuales¹⁰.

Los cambios que se han sucedido en el presente siglo y el poder de los productores para orientar el mercado, hace que éste pierda su tradicional función ordenadora. Esta realidad del mercado, pone de presente la situación de inferioridad en que se encuentra el consumidor, que viene determinada por la propia estructura de un mercado dominado por la ley de la oferta y por la participación en el mismo de un individuo - consumidor, que se caracteriza por su falta de conocimientos y experiencia, por su carencia de tiempo y dedicación, necesarios para la reflexión en el momento de adquirir los bienes y servicios que se ofertan en el mercado. Esta situación de inferioridad, que podría ser ocasional, pasa a ser estructural por el empleo

de los mecanismos e instrumentos jurídicos característicos del tráfico en masa, frente a cuyos riesgos el consumidor o usuario no puede proteger adecuadamente sus intereses, entre otras razones, por la estructura atomizada del consumo en el proceso económico de mercado y la dificultad de organizar de forma duradera los intereses de los consumidores.

Los únicos límites impuestos a los intereses de los consumidores vienen dados por la escasez de recursos, lo que hace que los mecanismos del mercado se caractericen por asegurar un comportamiento no sólo eficiente en lo económico sino congruente con el principio de libertad de elección de los propios consumidores. Al servicio de estos intereses se orientan todas aquellas medidas intervencionistas destinadas a asegurar una mayor transparencia del mercado. En un principio, se estructuró la intervención del Estado sobre la base de una política de defensa de la competencia, pero por las propias deficiencias funcionales de los procesos del mercado ella no está en condiciones de asegurar una óptima cobertura de los intereses de los consumidores, lo que hace que la intervención del Estado se complemente con una política del consumo.

Los únicos límites
impuestos a los intereses de
los consumidores vienen
dados por la escasez de
recursos, lo que hace que
los mecanismos del
mercado se caractericen
por asegurar un
comportamiento no sólo
eficiente en lo económico
sino congruente con el
principio de libertad...

III. Intervención del Estado para la protección del consumidor

La preocupación del Estado por proteger al ciudadano en determinados momentos de su actuación social, ha resultado en la necesidad de proveer al ordenamiento de un conjunto de normas para regular adecuadamente los nuevos mecanismos e instrumentos del tráfico en masa. Surge así la figura del consumidor o usuario, elemento subjetivo, que por su condición de inferioridad estructural justifica la intervención protectora del Estado frente a los abusos a los que aquel se ve expuesto en el mercado, en especial los nacidos del contrato de consumo, instrumento jurídico de contacto social, elemento objetivo del ámbito de protección. Surgen, igualmente, débiles figuras asociativas para la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, que en algunos países, en especial los Estados Unidos y algunos de Europa, se irán consolidando para presionar una transformación del Derecho, situación que no se presenta en Colombia, sin que con ello no se reconozca la labor que la Confederación de Consumidores ha desarrollado en el proceso de información y asesoría a los consumidores o usuarios, aunque es necesario que adopte mecanismos más eficaces para que exista una real y efectiva protección de los consumidores y usuarios de los bienes y servicios.

Los intereses de los consumidores no se hallan material sino formalmente determinados, cuya dimensión subjetiva reconoce su formalismo en el ordenamiento jurídico-privado de la época liberal bajo el prisma de la autonomía de la voluntad, lo que lleva al Estado a limitar su actuación como simple garante de los presupuestos de comportamiento de los particulares en el sistema de mercado. En este sistema jurídico-económico, con un Derecho Privado como categoría sistemática general que reconoce la autonomía de la voluntad y un sistema económico fundamentado en la ideología liberal, no hay espacio ni para la intervención del Estado ni para una política de protección material de los consumidores y usuarios¹¹. El tránsito desde una orientación individualista y liberal

a una época como la actual, marcada profundamente por nuevos ideales e imperativos económicos y sociales acordes con el principio de solidaridad social enmarcado en las Constituciones del presente siglo, obliga a examinar esa legitimidad desde otras perspectivas. El intervencionismo del Estado se ha convertido en una necesidad, siempre y cuando no sea disfuncional y sofocador del sistema de mercado, debiendo abordarse las tareas y el alcance de este intervencionismo desde la óptica del Derecho Privado pero con apoyo en el Derecho Público Económico¹².

El intervencionismo de Estado se limitará a aquellos aspectos en los cuales los instrumentos jurídicos no sean suficientes para mantener el equilibrio de los intereses en una economía social de mercado. Para establecer estos límites, hay que tener presente que el tradicional Derecho Privado se ve afectado en una doble dimensión. En primer término, en el plano jurídico no es posible seguir manteniendo incólume el dogma de la autonomía de la voluntad y, en el económico, el sistema de mercado, basado en los principios de la ideología liberal, como elemento estructural y motor de los procesos económicos resulta incompatible con el nuevo orden económico, caracterizado por los conflictos sociales y estructurales de nuestro tiempo. En segundo lugar, el Derecho Privado, al desconocer la

10. Norbert Reich. *Mercado y Derecho.*, Barcelona, Edit. Ariel, 1985, pp. 158 y ss.

11. La insuficiencia del Derecho Privado para responder a la necesidad de protección de los consumidores con el fin de restablecer el equilibrio contractual, viene determinada por las propias características de la configuración actual del mercado, tal y como ha quedado descrita anteriormente, que implica, por un lado, una constante reducción de la esfera de decisión autónoma y racional del consumidor y, por otro, una más que notable reducción de la capacidad de reacción del mismo frente a los perjuicios sufridos.

12. No se nos debe olvidar que, dentro de la política del consumo, la intervención del Estado también se manifiesta mediante las reglamentaciones sectoriales de carácter técnico, sobre materias con repercusión directa en la protección de los consumidores, y que se corresponden con modalidades concretas de la acción administrativa.

La vulnerabilidad del consumidor conseguirá sensibilizar al legislador. La universalidad de esta vulnerabilidad es la que explica la intervención del Estado, que será mayor en la medida que mayor sea el número de los necesitados de protección o demasiado evidente la debilidad del consumidor...

confrontación existente entre los intereses de los productores y de los consumidores y usuarios, legítima, desde el punto de vista jurídico, una instancia central de la política del consumo a través de un Estado interventor que busca un equilibrio social del mercado, situación que se ve reflejada en el Estatuto del Consumidor colombiano (Decreto-Ley 3466 de 1982 y sus normas reglamentarias), el Sistema Nacional de Metrología (Decreto 2269 de 1993), la Ley de servicios públicos, las Comisiones autónomas de regulación (Comisión de Regulación de las Telecomunicaciones, Comisión Nacional de Televisión, Comisión de Regulación del agua potable), el INVIMA, etc..

La celebración de un contrato de adquisición de un producto es la forma típica de actuación

del consumidor en el mercado; si repasamos el *iter* de un contrato de consumo se puede apreciar que la intervención del Estado se dirigirá al restablecimiento del equilibrio contractual: en primer lugar, el consentimiento del consumidor al contratar deberá ser verdaderamente espontáneo y libre, extendiéndose a todos los aspectos de la contratación que esté conviniendo con el empresario, dejando sin eficacia vinculante las cláusulas o pactos que se estimen lesivas a los intereses del consumidor y que si se aceptaron, se reputa que fue por conseguir el bien o servicio objeto principal del contrato; en segundo lugar, el clásico principio *res inter alios acta*, al dirigir la fuerza obligatoria del contrato hacia quien es parte y dejar por fuera al fabricante, productor o anunciante, se revela insuficiente, lo que hará que el Estado intervenga con normas que incorporen la publicidad a la regla contractual, haga responsable al contratante (distribuidor) solidariamente con el tercero (fabricante o productor) y cambie el sistema de responsabilidad subjetiva por uno de responsabilidad objetiva; por último, la política del consumo como intervención del Estado también incidirá en la estructura y funcionamiento de la administración de justicia, buscando con ella la posibilidad de que los intereses de los consumidores sean susceptibles de transformarse en términos justiciables, estableciendo procedimientos eficaces de solución de conflictos.

La vulnerabilidad del consumidor conseguirá sensibilizar al legislador. La universalidad de esta vulnerabilidad es la que explica la intervención del Estado, que será mayor en la medida que mayor sea el número de los necesitados de protección o demasiado evidente la debilidad del consumidor. Por tanto, al servicio de los intereses de protección del consumidor se orientan todas aquellas medidas destinadas a asegurar una mayor transparencia del mercado, a incrementar mediante obligaciones rigurosas de información la racionalidad económica en los procesos de toma de decisión por el consumidor o a asegurar determinados niveles de salud y seguridad personales. con