

LA NOCIÓN DE CONSUMIDOR EN EL DERECHO COMPARADO Y EN EL DERECHO COLOMBIANO

THE NOTION OR DEFINITION OF CONSUMER IN COLOMBIAN AND COMPARED LAW

*Juan Carlos Villalba Cuéllar***

Fecha de recepción: 6 de febrero de 2009

Fecha de aceptación: 23 de abril de 2009

- * Este artículo pertenece a la investigación denominada “El sistema de protección al consumidor en Colombia. Una perspectiva desde el derecho comparado”, del Grupo de Derecho Privado, Línea de Investigación sobre Derecho Económico y de los Negocios, que se adelanta en el Centro de Investigaciones Jurídicas, Políticas y Sociales (CIDER) de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada.
- ** Abogado, docente e investigador, miembro de la Línea en Derecho Económico y de los Negocios del Grupo en Derecho Privado del Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada. Director de posgrados de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada. Magister LLM en Derecho Francés, Europeo e Internacional de Negocios de la Universidad Panthéon-Assas París II y el Instituto de Derecho Comparado de París. Especialista en Docencia Universitaria.
Correo electrónico: juan.villalba@umng.edu.co.

RESUMEN

En el ámbito del derecho del consumo la noción de consumidor ha sido uno de los aspectos más difíciles y problemáticos de delimitar. En el derecho comparado se han adoptado diferentes definiciones legislativas de consumidor, y en el derecho colombiano la noción legal de consumidor ha sido delimitada por la doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Este artículo es un producto de investigación que pretende hacer un recorrido en el ámbito del derecho comparado y del derecho colombiano para determinar los avances, puntos en común y diferencias de la noción de consumidor en cada uno de ellos. Para tal fin se han tomado las definiciones legales y comentarios doctrinales en el derecho comparado sobre el tema, con especial énfasis en el derecho comunitario europeo y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Cortes Europeas (TJCE), en los cuales la protección al consumidor ha tenido un desarrollo amplio. Como principal resultado se tiene que la noción de consumidor, en la mayoría de los casos, está delimitada legalmente, y éste es concebido como el adquirente de un bien o servicio en calidad de destinatario final para un uso personal, familiar o doméstico (no profesional).

Palabras clave autor: consumidor, concepto o noción de consumidor, protección al consumidor, derecho del consumo.

Palabras clave descriptor: protección del consumidor, Colombia, derecho comparado, derechos del consumidor.

ABSTRACT

In the scope of consumption law, the definition of consumer has been one of the most difficult and troublesome to delimit. Several legislative definitions of consumers have been adopted in Compared law. Besides in Colombian law the legal definition of consumer has been delimited by the doctrine of the Superintendence of Industry and Commerce and by the case law of the Supreme Court of Justice. This article is the product of a research that intends to take a tour in the scope of Compared and Colombian law with the purpose of establishing the advancements, the common points and the difference in the definition or notion of consumer in these fields of law. For this purpose have been used the legal definitions and the doctrine comments existing in Compared law in regards to this topic, making special emphasis in the European Community Law and in the case law of the Court of Justice of the European Community, in which the protection to consumers has had ample development. The main result is that the definition of consumer in most cases is legally delimited and is set forth as the entity or person acquiring goods or services as final users, for utilizing it or them as personal, family or household use (non professional).

Key words authors: consumer, concept or notion of consumer, consumer protection, consumer's law.

Key words plus: consumer protection, Colombia, comparative law, rights of the consumer.

INTRODUCCIÓN

El derecho del consumo o la protección al consumidor hace parte de una tendencia del derecho privado moderno, encaminada a la búsqueda del equilibrio contractual en ciertas relaciones jurídicas que son consideradas asimétricas o desproporcionadas por la calidad de las partes que intervienen en ésta. El desarrollo de los medios de producción, de publicidad y de mercadeo a que tienen acceso los productores y distribuidores de bienes y servicios, los colocan en una posición de dominio frente a la parte débil de la relación contractual, a saber, el consumidor. Los movimientos en defensa de los derechos de los consumidores encuentran su origen en los Estados Unidos a comienzos de 1900, y en la posguerra de la Segunda Guerra Mundial adquieren un nuevo impulso. El presidente John F. Kennedy en un discurso que se hiciera famoso, el día 15 de marzo del año 1962, pronunció la frase “consumidores somos todos”. Esta tendencia es de aceptación mundial hoy en día, y la mayoría de los Estados han desarrollado estatutos de protección al consumidor, a pesar de las voces críticas que aparecieran en defensa de la igualdad de las partes en la relación jurídica o de la autonomía de la voluntad como principio rector de las relaciones jurídicas entre particulares. Dentro del estudio del derecho del consumo, por tratarse de un estatuto proteccionista, resulta esencial la noción de consumidor como elemento delimitador del ámbito de aplicación de la ley. El consumidor hace parte, junto con el productor o profesional, de un vínculo obligacional de carácter especial: la relación de consumo. Sin embargo, esta noción no ha sido unitaria en las diferentes legislaciones, factor que ha determinado que, en algunos casos, sea más amplia o más estrecha, a pesar de existir elementos comunes frente a la definición de consumidor.

La noción de consumidor proviene de la ciencia económica; sin embargo, en los últimos años ha adquirido relevancia en el ámbito del derecho debido a la regulación de las relaciones económicas productor-consumidor. La definición de consumidor que contiene el estatuto colombiano se caracteriza por su exagerada amplitud, lo cual ha hecho necesaria su delimitación por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio y de la Corte Suprema de Justicia. La carencia de una definición concreta de consumidor en el sistema colombiano puede dar lugar a problemas de aplicación del estatuto del consumidor por parte de los operadores jurídicos y a posibles contradicciones de los entes que tienen a su cargo la aplicación de este estatuto. Hacia el futuro esta problemática es palpable ante el acelerado desarrollo y acrecentamiento del mercado colombiano a causa de la celebración de tratados de libre comercio y la creciente llegada de actores extranjeros al mercado (multinacionales), factores que hacen imperiosa la necesidad de contar con un sistema de protección al consumidor eficaz y libre de vacíos jurídicos que hagan nugatoria su aplicación.

A través de este artículo se pretende demostrar que un tema que aparentemente es pacífico ha dado lugar a inconvenientes de aplicación de la norma, sobre todo en el ámbito comunitario europeo, donde ha tenido un desarrollo bastante amplio. Es más, allí se considera que esta definición es el punto más complejo del derecho de la protección al consumidor¹. A este respecto, Botana considera que “el problema que supone determinar la noción de consumidor está vinculado a la evolución experimentada por el movimiento de protección a los consumidores en la últimas décadas. Cada vez se ha ido ampliando más el círculo de personas que necesitan una especial protección en materia de consumo”². Así es como se han presentado diferentes dificultades para delimitar esta noción, tales como: considerar al consumidor como sinónimo de adquirente o comprador; tener por consumidor al mero intermediario que adquiere para revender o al destinatario final; la calificación de consumidores a las personas jurídicas, la consideración como consumidor a las personas que ejercen profesiones liberales, la calificación de consumidor al que adquiere a título gratuito³, principalmente.

Este artículo se esmera en el examen de la jurisprudencia comunitaria europea y nacional, teniendo en cuenta que no existe doctrina nacional al respecto, y la doctrina europea (que sí es abundante) hace una superflua mención de los hechos que fueron objeto de litigio en cada caso, lo cual se espera ilustrará mejor al lector. Para cumplir tal fin, en primer lugar, se abordará el estudio de la noción de consumidor en el derecho comparado, así como la jurisprudencia que se ha desarrollado sobre este aspecto. En segunda instancia, se hará un análisis de este concepto en la legislación colombiana con fundamento en la doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, para determinar finalmente qué grado de evolución ha sufrido el concepto y la conveniencia de la definición actual dentro del sistema jurídico colombiano y la propuesta en el proyecto que cursa actualmente en el Congreso de la República.

-
- 1 Gilles Taormina, *Théorie et pratique du droit de la consommation*, 46 (Editeur Librairie de L'université d'Aix en Provence, Paris, 2004.)
 - 2 Gema Botana García, en *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, 61 (Eugenio Llamas Pombo, coord., La ley-actualidad, Madrid, 2005).
 - 3 Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti, *Defensa del consumidor*, 57 (Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1993).

1. LA NOCIÓN DE CONSUMIDOR EN EL DERECHO COMPARADO

1.1. La noción de consumidor en el ámbito de la Unión Europea

1.1.1. La normatividad comunitaria

En la normatividad comunitaria no existe una definición única de consumidor. Según Guillermo Palao, “la inexistencia de un concepto global comunitario no significa una total despreocupación por parte del legislador comunitario, sino que tales aproximaciones han tenido un carácter puntual con relación a cada texto”⁴. El Tratado de Roma de 1957 no empleó el término *consumidor*. No obstante, varias disposiciones de índole comunitaria han involucrado definiciones de consumidor. La primera norma que se refirió al concepto fue el Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (hoy en día reglamento CE 44/2001 sobre la misma materia). El artículo 13 del citado texto reza: “[...] contratos celebrados por una persona para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional, en lo sucesivo denominada *el consumidor*. En materia de contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional”.

La Convención de Roma de 1980 aplicable a las obligaciones contractuales siguió la misma línea de pensamiento al determinar en su artículo 5.º: “El presente artículo se aplicará a los contratos que tengan por objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios a una persona, el consumidor, para un uso que pueda ser considerado como ajeno a su actividad profesional, así como a los contratos destinados a la financiación de tales suministros”.

En igual forma, en el ámbito del derecho derivado comunitario, diversas directivas se han ocupado de la definición de consumidor. Veámoslas.

- La directiva 85/577/CEE referente a los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, en su artículo 2.1 define consumidor como “toda persona física que, para las transacciones amparadas por la presente directiva, actúe para un uso que pueda considerarse como ajeno a su actividad profesional”.
- La directiva 87/102/CEE, en su artículo 1.2, define al consumidor como “la persona física que en las operaciones reguladas por la presente directiva, actúe con fines que puedan considerarse al margen de su oficio o profesión”.
- La directiva 90/314/CEE relativa a viajes combinados, en su artículo 2.4 define al consumidor como “la persona que compra o se compromete a comprar el

4 Guillermo Palao Moreno, *La protección de los consumidores en el ámbito comunitario europeo*, en *Derecho privado de consumo*, 88 (María José Reyes, coord., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005).

viaje combinado (el contratante principal), la persona en nombre de la cual el contratante principal se compromete a comprar el viaje combinado (los demás beneficiarios) o la persona a la cual el contratante principal u otro beneficiario cede el viaje combinado (cesionario)”.

- La directiva 93/13/CEE del 5 de abril de 1993, relativa a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en su artículo 2 b) define al consumidor como “toda persona física que, en los contratos regulados por la presente directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”.
- La directiva de protección al consumidor en contratos a distancia 97/7 de 20 de mayo de 1997, en el artículo 2.º define al consumidor de la siguiente como “toda persona física que en los contratos contemplados en la presente directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”.
- La directiva 98/6/CE en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores como “cualquier persona física que compre un producto con fines ajenos a su actividad comercial o profesional”.
- La directiva 1999/44/CE referente a determinados aspectos de la venta y garantías de los bienes de consumo como “toda persona física que, en los contratos que refiere la presente directiva, actúa con fines que no entran en el marco de su actividad profesional”.
- La directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico, artículo 2(e) como “Cualquier persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión”.
- El reglamento 178/2002 referente a los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, nos da una definición de consumidor final como “el consumidor último de un producto alimenticio que no empleará dicho alimento como parte de ninguna operación o actividad mercantil en el sector de la alimentación”⁵.
- La directiva 2002/65/CE relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores como “toda persona física que, en los contratos a distancia, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial o profesional”.
- La directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales como “cualquier persona física que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio, oficio o profesión”.

Las definiciones contenidas en esta normatividad tienen como denominador común referirse a las personas que contratan con propósitos diferentes a su actividad profesional o comercial. En otras palabras, consideran consumidor

5 Según González Vaqué, en el ámbito alimentario, el legislador comunitario se abstuvo de incluir una definición de consumidor en la directiva 2000/13/CE sobre etiquetado, presentación y publicidad y de los productos alimenticios, y fue preciso esperar el reglamento 178/2002 para disponer de una definición de consumidor final. Luis González Vaqué, *La noción de consumidor en el derecho comunitario del consumo, Estudios de consumo*, n° 75, 25-42 (2005) [disponible en: <http://www.dialnet.unirioja.es>].

a la persona que contrata para satisfacer necesidades personales o familiares. Igualmente, se refieren sólo a las personas físicas, es decir, excluyen de la aplicación de la norma y de la noción de consumidor a las personas morales. La excepción es la directiva 90/314/CEE que no hace mención expresa de las personas físicas. Igualmente, debe destacarse que el reglamento 178/2002 habla de consumidor final, incluyendo un elemento adicional al concepto.

El reglamento 1924/2006 en sus considerandos (n.º 16) determina que:

[...] toma como referencia al consumidor medio, que está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta factores sociales, culturales y lingüísticos, según la interpretación que ha hecho de este concepto el tribunal de justicia, pero incluye disposiciones encaminadas a impedir la explotación de consumidores cuyas características los hacen especialmente vulnerables a las declaraciones engañosas. En los casos [en] que una declaración se dirija especialmente a un grupo particular de consumidores, como los niños, es deseable que el impacto de la declaración se evalúe desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo.

Esta disposición es importante porque añade al concepto comunitario de consumidor dos elementos importantes, la noción de consumidor medio y la de grupo particular de consumidores, las cuales surgieron a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Cortes Europeas (TJCE). De ellas nos ocuparemos más adelante.

1.1.2. La jurisprudencia comunitaria

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a través de su jurisprudencia ha ayudado a decantar este concepto, generalmente apoyado en lo dispuesto en el artículo 13 de la Convención de Bruselas. Se destacan en este sentido algunos fallos en que el TJCE ha predicado algunas características constantes para considerar a una persona como consumidor. En el caso Gabriel⁶, ante una cuestión prejudicial que se le planteó por un juez austriaco, el tribunal dijo:

En primer lugar ha quedado acreditado, en efecto, que el señor Gabriel tiene en el presente asunto la condición de consumidor final privado cubierto por el artículo 13, párrafo 1.º, del Convenio de Bruselas, en la medida de que de los autos resulta

6 Un ciudadano austriaco (Rudolf Gabriel) demandó a una sociedad alemana por considerar que había sido engañado por ella al inducirlo a comprar a través de correo bajo la promesa de ganar un premio que nunca le fue entregado. La demanda fue presentada ante la jurisdicción austriaca, la cual ante un posible conflicto de competencia para aplicar la ley austriaca de protección al consumidor planteó al CJCE una cuestión prejudicial acerca de su competencia.

que encargó las mercancías ofertadas por Schlank & Shick, para su uso personal, sin que esta operación tenga relación alguna con su actividad profesional.

En la jurisprudencia Ott, ante una cuestión prejudicial que se le planteaba, el TJCE dispuso:

[...] una interpretación restringida del artículo 14, párrafo 2, conforme a los objetivos perseguidos por la sección 4.^a, conduce a reservar los privilegios jurisdiccionales descritos únicamente a los compradores necesitados de protección, debido a su posición económica de debilidad con respecto a los vendedores, a causa de que son consumidores finales de carácter privado, no relacionados, por la compra de productos a plazo, en actividades comerciales o profesionales⁷.

En la sentencia Hutton (1991), el TJCE ante una cuestión prejudicial planteada por un tribunal alemán manifiesta:

De la redacción y de la función de estas disposiciones resulta que éstas sólo se refieren al consumidor final privado que no participe en actividades comerciales o profesionales [...] El artículo 13 del convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil debe interpretarse en el sentido de que el demandante que actúa en ejercicio de su actividad profesional y que, por tanto, no es, él mismo, el consumidor que es parte en uno de los contratos enumerados por el párrafo primero de este artículo no puede beneficiarse de las reglas de determinación de la competencia especiales previstas por dicho convenio en materia de contratos celebrados por los consumidores⁸.

7 En el caso Ott, una sociedad francesa demanda a una sociedad alemana por la compra de una máquina por pagar en dos cuotas. Ante el incumplimiento del pago del precio por parte de la sociedad francesa, ésta es demandada y condenada por el Tribunal de Stuttgart (1975). La ejecución de la sentencia se intenta en territorio francés a través del exequátur que conoció el Tribunal de Gran Instancia de Mans y sentencia confirmativa de la Corte de Apelación de Angers. Atacada en casación, esta última decisión, la Corte de Casación considera que la decisión atacada se encuentra ajustada a derecho, salvo que haya lugar a la aplicación del artículo 14 de la Convención de Bruselas, según la cual se hubiese debido demandar en el territorio de la sociedad demandada, lo que determinaría la improcedencia del exequátur. La Corte de Casación Francesa inicia una cuestión prejudicial ante el TJCE para determinar la calificación exacta del contrato y saber si se aplica el privilegio de competencia jurisdiccional del artículo 14, párrafo 2 de la Convención de Bruselas. La Corte determina que el contrato celebrado no corresponde a la venta a plazo de bienes muebles corporales de la convención, teniendo en cuenta que se trata de un contrato celebrado entre dos sociedades comerciales y que no media un contrato de financiamiento.

8 En el caso Hutton, una sociedad alemana había confiado a la sociedad estadounidense de mediación Hutton Inc. la realización, en un contrato de comisión, de operaciones a plazo sobre divisas, títulos valores y mercaderías. Con este fin, en 1986 y 1987, la sociedad alemana efectuó pagos considerables de cantidades que se perdieron casi en su totalidad durante tales operaciones. La sociedad alemana demanda a la sociedad estadounidense exigiendo la devolución de las cantidades perdidas. Basó sus pretensiones en el enriquecimiento sin causa y en el derecho a indemnización por daños y perjuicios derivado del incumplimiento de obligaciones contractuales y precontractuales y de acto ilícito,

En la sentencia Benincasa, el TJCE consideró igualmente:

De lo anteriormente expuesto se deduce que, para determinar si una persona actúa en calidad de consumidor, concepto que debe interpretarse de forma restrictiva, hay que referirse a la posición de esta persona en un contrato determinado, en relación con la naturaleza y la finalidad de éste, y no a la situación subjetiva de dicha persona. Como acertadamente señaló el abogado general en el punto 38 de sus conclusiones, una misma persona puede ser considerada consumidor respecto a ciertas operaciones y operador económico respecto a otras.

Por consiguiente, las disposiciones protectoras del consumidor como parte considerada económicamente más débil sólo engloban los contratos celebrados para satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo. La protección particular que estas disposiciones pretenden no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto es una actividad profesional, aunque ésta se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional⁹.

Estas cuatro sentencias son ejemplo de la jurisprudencia en la que el TJCE ha reiterado el concepto de consumidor, apegándose a lo preceptuado por el artículo 14 de la Convención de Bruselas, teniendo en cuenta que en todos ellos se debatía la competencia jurisdiccional de tribunales nacionales. Sin embargo, en litigios relativos a cláusulas abusivas también ha hecho mención de la noción de consumidor. Citemos dos ejemplos. El caso Cape-Idealservice, ante una cuestión prejudicial formulada por un juez italiano en que se debatía la amplitud de la noción de consumidor contenida en la directiva 93/13, el TJCE manifestó:

En efecto, tal y como la comisión lo explica, el artículo 2.º, literal b) de la directiva “establece precisamente que es necesario considerar como consumidor a toda persona física. Por el contrario, el artículo 2.º, literal c), define la noción de profesional refiriéndose tanto a las personas físicas como a las personas morales.

puesto que Hutton Inc. no informó suficientemente al cedente sobre los riesgos de las operaciones a plazo. El juez alemán plantó una cuestión prejudicial al TJCE en el sentido de saber si el artículo 13 del Convenio de Bruselas relativo a “Competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores” era aplicable en este caso.

- 9 En el caso Benincasa, la cuestión prejudicial se suscitó en un litigio entre Dentalkit s. r. l., con domicilio en Florencia, y el señor Benincasa, de nacionalidad italiana, que versa sobre la validez de un contrato de franquicia celebrado entre ellos en 1992. El señor Benincasa abrió su establecimiento, abonó la cantidad inicial de 8 millones de LIT y efectuó diversas compras, cuyo importe, sin embargo, no pagó. Entre tanto, cesó su actividad comercial. El señor Benincasa presentó una demanda ante el Landgericht München I, alegando que, en virtud del derecho alemán, el contrato de franquicia era nulo en su totalidad y solicitando, por ello, su resolución. Asimismo, sostuvo que los contratos de compra celebrados posteriormente al amparo del contrato de franquicia también eran nulos. Además, el señor Benincasa indicaba que, por no haber comenzado aún su actividad comercial, debía ser considerado un consumidor a efectos del párrafo primero del artículo 13 y del párrafo primero del artículo 14 del Convenio de Bruselas.

Aparece entonces de la simple lectura de la disposición en cuestión que la noción de consumidor comprende exclusivamente las personas físicas y no cubre las sociedades, y de manera más general, las personas jurídicas [...] Sin embargo se puede afirmar, tal y como lo hace la comisión, que es precisamente la categoría de personas físicas que no actúan dentro de una actividad profesional[,] la que se encuentra en un posición contractual más débil y desequilibrada con respecto a los profesionales a que se refiere el artículo 2.º, literal c) de la directiva. Por el contrario, las personas jurídicas y las sociedades no se encuentran igualmente en esa misma situación de inferioridad y no existe por lo tanto razón de darles una protección que, como derogación de la libertad contractual, debe ser interpretada de manera restringida¹⁰.

De igual manera, en el caso *Océano Salvat Editores* (1993) la Corte manifestó:

En cuanto a la pregunta de saber si un tribunal, al que se acude con ocasión de un litigio entre un profesional y un consumidor, puede apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula del contrato, es necesario recordar que el sistema de protección consagrado por la directiva reposa sobre la idea de que el consumidor se encuentra en una posición de inferioridad frente al profesional en cuanto al poder de negociación y el nivel de información, situación que lo lleva a adherir a las condiciones redactadas con antelación por el profesional, sin poder ejercer unas influencias sobre el contenido de ellas¹¹.

En el caso *Di Pinto*, frente a la aplicación de la directiva 85/577, el TJCE dijo: “Los actos preparatorios de la venta de un fondo de comercio, tales como la conclusión de un contrato relativo a la publicación de un anuncio en una revista, están ligados a la actividad profesional del comerciante, a pesar de que éstas puedan conducir a ponerle término a esta actividad, pero constituyen actos de gestión llevados a cabo para satisfacer necesidades diferentes a las familiares o personales del comerciante”¹².

10 El texto original en francés, traducción libre hecha por el autor.

11 En este caso, unos ciudadanos españoles compraron una enciclopedia para uso personal a la sociedad *Salvat Editores*. Los compradores no pagaron oportunamente el precio y la vendedora los demandó. El contrato celebrado tenía una cláusula atributiva de competencia en la jurisdicción de Barcelona (España), lugar en el que no residía ninguno de los compradores. El juzgado de conocimiento puso en duda su competencia para conocer del asunto, pues el tribunal supremo había declarado abusivas cláusulas de esa naturaleza. Por tal motivo, el juez decidió interponer una cuestión prejudicial al TJCE sobre la posibilidad de considerar de oficio el carácter abusivo de una cláusula.

12 En este caso, el señor *Di Pinto* era gerente de una sociedad de responsabilidad limitada dedicada a la actividad inmobiliaria, la cual tenía una publicación periódica denominada *et comercio*. El señor *Di Pinto* fue condenado en 1989 por el Tribunal de Gran Instancia de París por contravenir la Ley sobre Venta a Domicilio. La infracción consistió en que esta ley prohíbe a los comerciantes, que venden a domicilio, recibir pagos antes de un período de reflexión de siete días a partir de la celebración del contrato. Los representantes del señor *Di Pinto*, una vez visitaban a los clientes interesados en vender su establecimiento de comercio (fondo de comercio) a través de la publicación, cobraban inmediatamente el pago de la remuneración. Además, se determinó que los contratos no mencionaban la facultad de los consumidores de hacer uso del derecho de retracto dentro de los siete días siguientes a la celebración del contrato.

Debe tenerse en cuenta que las decisiones y conceptos del TJCE han contribuido de manera significativa a unificar la interpretación de las directivas europeas por parte de los jueces nacionales, ya que la jurisprudencia de la Corte consultada en interpretación de una directiva es obligatoria para el juez que acude en consulta y para los otros jueces nacionales de los Estados miembros¹³.

La definición por la que ha optado el TJCE es una definición restringida de consumidor en comparación con algunos derechos nacionales que han optado por ampliar el margen de cobertura de este concepto, tales como el derecho francés o el derecho español. En este sentido, el TJCE se muestra receptivo a la posibilidad que los legisladores y los jueces nacionales amplíen el marco de cobertura de la noción de consumidor. Así lo expresó en el asunto Di Pinto:

[...] conviene en este sentido recordar, que en los términos del artículo 8.º de la directiva “no se opone a que los Estados miembros adopten o mantengan disposiciones todavía más favorables en materia de protección a los consumidores en los asuntos cubiertos por ella. Esta disposición tiene por objeto determinar la libertad que se deja a los Estados en la materia cubierta por la directiva, a saber[,] la protección a los consumidores. Ésta no podría ser interpretada como prohibitiva a los Estados de tomar medidas en un asunto que no les concierne, como aquél de la protección a los comerciantes¹⁴.

En este orden de cosas, se puede afirmar que la definición comunitaria prevalente de consumidor es la de “consumidor final privado”; consumidor es la persona física que contrata para la satisfacción de sus necesidades personales o familiares ajenas a su profesión u oficio. El TJCE ha demostrado ser mucho más estricto en la interpretación de la noción de consumidor que el legislador comunitario, pues éste en algunas directivas ha aceptado una aplicación más amplia del concepto¹⁵.

13 Gilles Taormina, óp. cit., 52.

14 En este caso, el señor Di Pinto, gerente de la Sociedad Grupo Inmobiliario y de Establecimientos de Comercio tenía una publicación periódica denominada *GI Comercio*. Para recolectar las ofertas de venta, el señor Di Pinto, a través de sus representantes, visitaba a los comerciantes que luego de un primer contacto telefónico manifestaban su intención de vender su establecimiento. El 28 de marzo de 1989 el Tribunal de Gran Instancia de París condenó al señor Di Pinto a una pena de prisión de un año y una multa de 15 000 francos por haber violado la Ley de Venta a Domicilio. Esta ley prohíbe a los vendedores a domicilio recibir pagos antes de la expiración de un plazo de retracto de siete días que tienen los consumidores a su favor. El señor Di Pinto durante los años 1985, 1986 y 1987, a través de sus representantes, exigía a los comerciantes pagos inmediatos de las sumas correspondientes a los anuncios y, además, en los contratos que celebraba no hacía mención del plazo de retractación que tenían los consumidores a su favor. El señor Di Pinto apeló la decisión, y la Corte de Apelación de París planteó la cuestión prejudicial al TJCE en el sentido de saber si debe ser considerado consumidor el comerciante que hace los trámites para la venta de su establecimiento de comercio y si es posible que una legislación nacional proteja a estas personas a pesar de no estar incluidas por la directiva. Debe anotarse que el TJCE consideró que esta persona, en el sentido de la directiva, no es consumidor.

15 Directiva 90/314/CEE, directiva 93/13 de abril 5 de 1993 y directiva 85/577.

No debe perderse de vista que el legislador comunitario ha optado por no crear una definición única de consumidor; existen diversas definiciones de consumidor, con elementos reiterativos, pero aplicables en los diferentes campos a que se refiere cada directiva.

1.1.3. La exclusión de personas jurídicas

Tal y como lo afirmamos, el TJCE ha optado por una concepción de consumidor restringida al delimitar claramente su ámbito de aplicación a las personas físicas, excluyendo a las personas jurídicas o morales. El derecho comunitario y el TJCE han sido claros en que éstas no pueden ser consideradas consumidores. Los argumentos de la Corte sobre este punto están claramente expresados en el caso *Cape-Idealservice*, citado anteriormente, en el cual considera que ese desequilibrio en la relación contractual que se presenta entre personas físicas no tiene lugar cuando se trata de personas jurídicas, pues éstas no se encuentran en posición de inferioridad¹⁶.

Sin embargo, algunas directivas han admitido indirectamente su inclusión en el concepto, al no referirse específicamente a las personas físicas. Igualmente, en algunos aspectos del derecho del consumo, se admite la aplicación de la norma a las personas jurídicas, sobre todo en materia de publicidad engañosa¹⁷.

En efecto, se ha concluido que en el ámbito comunitario nada se opone a que los Estados miembros puedan extender la protección del derecho del consumo a las personas morales, de acuerdo con la interpretación de la directiva 93/13 de abril 5 de 1993 sobre cláusulas abusivas¹⁸, que dispone en su artículo 8.º: “Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección pueden adoptar o mantener disposiciones más estrictas”.

16 En el caso *Cape-Idealservice*, la sociedad *Idealservice* celebró con las sociedades *Cape* y *OMAI*, el 14 de septiembre de 1990 y el 26 de junio de 1996, dos contratos relativos al suministro de máquinas de distribución automática de bebidas, las cuales fueron instaladas en los locales de las sociedades y fueron destinadas al uso exclusivo de su personal. Las sociedades compradoras demandaron el contrato celebrado por considerar que la cláusula atributiva de competencia que contenía era abusiva según lo dispuesto en el artículo 1469 del Código Civil italiano y, por lo tanto, inoponible a las partes en el contrato.

17 La directiva 84/450^{CEE} relativa a la publicidad engañosa en su artículo 1 admite su aplicación a las personas jurídicas: “La presente directiva tendrá por objeto proteger a los consumidores y a las personas que ejercen una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal, así como los intereses del público en general contra la publicidad engañosa y sus consecuencias desleales. Debe anotarse que en materia de publicidad engañosa el margen de cobertura de la norma es mucho más amplio y no se restringe a los consumidores. En esta materia la noción de consumidor no es relevante, tanto que la directiva no define quién es consumidor, a pesar de tratarse de una temática inherente al derecho del consumo”.

18 *Pilles Taormina*, óp. cit., 52.

En algunos Estados, como Francia, este caso se ha dado por vía jurisprudencial, como lo veremos adelante.

La directiva 85/577 contiene una disposición del mismo tipo en su artículo 8.^o ¹⁹, sobre la cual el TJCE estimó en una sentencia del 14 de marzo de 1991²⁰, “la directiva no se opone a que una legislación nacional sobre los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales extienda la protección que ella establece a los comerciantes”. La palabra *comerciante* en este caso se puede entender en un sentido amplio para ser aplicado tanto a la persona natural como a la persona jurídica comerciante.

Los ordenamientos jurídicos internos, como el alemán, el portugués y español, extienden el control jurídico a las relaciones entre empresarios y personas jurídicas. La profesora Carmen Parra considera que la exclusión hecha en el ámbito comunitario no tiene justificación si se tiene en cuenta la falta de un concepto comunitario de persona jurídica, que no es uniforme y puede afectar a personas jurídicas necesitadas de protección especial por su escasa entidad patrimonial²¹. Para Ruiz Muñoz son dignos de protección a los pequeños empresarios que sufren presiones cuando contratan con grandes empresas, equiparando su posición a la de consumidor²².

1.1.4. La noción de “consumidor medio” en el derecho comunitario

La noción de consumidor medio en el ámbito comunitario surgió de la jurisprudencia reiterada del TJCE sobre etiquetados y publicidad engañosa. Históricamente, la primera sentencia que se refirió al concepto de consumidor medio es la sentencia Mars del 11 de noviembre de 1993, en la cual el tribunal ante una cuestión prejudicial que se le planteó consideró que: “En efecto, los consumidores razonablemente informados deben saber que no existe necesariamente un nexo entre el tamaño de las menciones publicitarias relativas a un aumento de la cantidad del producto y la importancia de dicho aumento”²³.

19 “Artículo 8.º. La presente directiva no será obstáculo para que los Estados miembros adopten o mantengan disposiciones aún más favorables en materia de protección a los consumidores en el ámbito amparado por ella”.

20 Caso Di Pinto ya citado.

21 Carmen Parra Rodríguez, *El nuevo derecho internacional de los contratos*, 73-74 (Bosch, ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002).

22 M. Ruiz Muñoz, *Cláusulas abusivas en la CEE, ámbito de aplicación, Cuadernos Jurídicos*, n.º 11, 61-62 (1993). Citado por Carmen Parra Rodríguez, *El nuevo derecho internacional de los contratos*, 74 (Bosch ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002).

23 En este caso, se debatía la procedencia en Alemania de un etiquetado de helados que contenía la expresión “+ 10%”, correspondiente a una campaña promocional en toda Europa, porque se consideraba engañosa frente a los consumidores alemanes al corresponder gráficamente a más del 10% del producto y al afectar la libertad de precios minoristas en Alemania. Se planteó al TJCE la pregunta para saber si la prohibición de circulación del producto afectaría el principio de libre circulación de mercancías contemplado en el artículo 30 del tratado de la Unión Europea (UE).

En la sentencia Gut Springenheide, el TJCE declaró que, para determinar si una mención en el etiquetado —cuyo objetivo era incentivar las ventas de huevos— podía inducir a error al comprador, debía tomarse como referencia la expectativa que con respecto a dicha mención se presumiera en un consumidor medio, es preciso tomar en cuenta la expectativa que se presumía en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz²⁴.

Igualmente, es de recordación la sentencia Darbo del 4 de abril de 2000, en la cual el tribunal ratifica que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, no podría ser inducido a error por la mención “puramente natural” inscrita en la etiqueta de una mermelada, por el motivo que el producto alimenticio incluye la sustancia pectina en la lista de ingredientes que la componen²⁵.

Posteriormente, la directiva 2005/29 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en relación con sus consumidores en sus considerando 18, hizo referencia por primera vez en la legislación comunitaria a la noción de consumidor medio desarrollada por el TJCE, aunque en su articulado definió al consumidor en su sentido tradicional y no incluyó el concepto de consumidor medio. En igual forma, el reglamento 1924/06 de la Unión Europea (UE) sobre las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos manifestó de manera casi calcada a la directiva 2005/29 dentro de sus considerandos que “atendiendo al principio de proporcionalidad, el presente reglamento con objeto de permitir la aplicación efectiva de las disposiciones de protección que contiene, toma como referencia al consumidor medio, que está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta factores sociales, culturales y lingüísticos, según la interpretación que de este concepto ha hecho el tribunal de justicia”²⁶.

Es importante resaltar que la directiva 2005/29 en su articulado toma como referencia al consumidor medio para determinar diferentes conductas, como las prácticas desleales, las prácticas engañosas, las omisiones engañosas y las prácticas agresivas.

A partir de lo anterior, se puede afirmar que sobre prácticas comerciales desleales la noción de consumidor medio es fundamental²⁷. Esta noción específica de consumidor configura una delimitación al concepto de consumidor, en la cual se exige como presupuesto para la aplicación de la norma de protección

24 González Vaqué, Luis, *Las nociones de consumidor medio y miembro de un grupo particular de consumidores en el reglamento 1924/2006*, en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 247, 9-19 (2007).

25 Sentencia Darbo C- 465/98 TJCE. En igual sentido, ver sentencias: TJCE 126-91, 315- 92, 456-93, 470-93, 239-90, 132-03, 169-99, 212-03, 358-01, 99-01, 104-00.

26 Reglamento 1924/2006 considerando 15 [en línea], disponible en: <http://www.eur-lex.europa.eu> [consultado: el 15 de diciembre de 2008].

27 Directiva 2005/29, arts. 5.º, 6.º, 7.º y 8.º.

que se trate de una persona medianamente informada y atenta en consideración a su entorno social, lo cual no es fácil de determinar y dependerá de las circunstancias del caso específico y del buen criterio del juez o autoridad competente. Lo que sí podemos asumir es que se busca que el consumidor sea responsable en su actitud de consumo, de tal forma que, si se evidencia torpeza o desinformación en su conducta por lógicas razones, pierde el derecho a ser protegido.

1.1.5. El grupo particular de consumidores

El reglamento 1924/2006 en su considerando 16 hizo mención de la noción de “grupo particular de consumidores”²⁸, refiriéndose al evento en que una declaración se dirija a un grupo determinado de personas, caso en el cual debe tenerse en cuenta el impacto que esa información tenga en el “miembro medio” de ese grupo. La directiva 2005/29CE, en sus considerandos, al respecto dice lo siguiente:

Por consiguiente, es adecuado incluir en la lista de prácticas que se consideran desleales en cualquier circunstancia una disposición por la cual, sin prohibir totalmente la publicidad dirigida a los niños, los proteja frente a exhortaciones directas a comprar [...]. Cuando determinadas características[,] como la edad, una dolencia física o trastorno mental o la credulidad hagan que los consumidores sean especialmente sensibles a una práctica comercial o al reducto correspondiente y, con toda probabilidad, únicamente el comportamiento económico de tales consumidores sea susceptible de distorsión merced a la práctica en cuestión en un sentido que el comerciante pueda prever razonablemente, debe garantizar que estén adecuadamente protegidos, para lo cual es necesario que la práctica se evalúe desde la perspectiva de un miembro medio de ese grupo²⁹.

En el artículo 3.º de la directiva se ve transcrita la misma argumentación. La información contenida en la publicidad dirigida a niños ha sido objeto de debate en la Unión Europea desde hace varios años. Países como Suecia ya han prohibido este tipo de publicidad, y asociaciones europeas se han preocupado por crear códigos de conducta para la ética en la publicidad.

Este concepto de grupo particular de consumidores ha sido considerado por la doctrina como difícil de determinar, pues no se han definido en el ámbito comunitario. Igualmente, se considera que la noción de grupo particular de consumidores es casi idéntica a la de consumidor medio, pues en el caso en que una información se dirija a un grupo especial de consumidores, vulnerables o no, es necesario hacer el análisis desde la perspectiva de un

28 “En los casos [en] que una declaración se dirija especialmente a un grupo particular de consumidores, como los niños, es deseable que el impacto de la declaración se evalúe desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo”.

29 Directiva 2005/29CE, considerandos 18 y 19 [en línea], disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:149:0022:0039:ES:PDF> [consultado: el 15 de diciembre de 2008].

miembro medio del grupo, con la diferencia que en el grupo vulnerable la protección debe ser más estricta, dadas sus condiciones³⁰.

1.2. La noción de consumidor en algunas legislaciones internas europeas

1.2.1. El derecho francés del consumo

El caso del derecho francés es interesante, pues la noción de consumidor ha generado bastantes controversias. En efecto, el Código del Consumo francés no trae una definición de consumidor a diferencia de la mayoría de códigos del consumo internos de los países europeos. Sin embargo, de la regulación atinente a las cláusulas abusivas se considera consumidor el no profesional que es consumidor final frente a un cocontratante profesional. Otras disposiciones, como las relativas a la publicidad engañosa, protegen al público en general, así como a los competidores susceptibles de ser afectados por ésta³¹. Históricamente, en Francia, consumidor es aquel que contrata para satisfacer sus necesidades personales. Alguna normatividad sugirió esta tendencia, por ejemplo la circular del 14 de enero de 1972 sobre la aplicación de las disposiciones del fallo 25-921 de 1971, relativo al etiquetaje y la fijación de precios, dispuso que “conviene entender por éste el consumidor final, es decir[,] aquel que los emplea para satisfacer sus propias necesidades y las de las personas a su cargo”³². La comisión redactora del derecho del consumo, creada en 1982, que presentó un proyecto de nuevo código del consumo en 1990, siguió la misma línea, aunque el proyecto de código y la definición de consumidor sugerida nunca fueron incluidas.

Esta situación dio lugar a que la noción de consumidor haya evolucionado por vía jurisprudencial de manera imprecisa. A partir de 1982, la jurisprudencia francesa se orientó por aceptar una noción de consumidor extensiva, aplicando la protección del derecho del consumo a profesionales que contrataban por necesidades de su profesión, pero por fuera de su especialidad. La jurisprudencia no fue unánime en este sentido. En algunos casos aceptó proteger a los profesionales por el derecho del consumo y en otros se negó sistemáticamente a hacerlo aplicando una noción restringida de consumidor³³. Por ejemplo, en jurisprudencia del 15 de abril de 1982, la Corte de Casación por primera vez hace extensiva la noción a un profesional afirmando:

30 Luis González Vaqué, *óp. cit.*, 19.

31 Laura Pérez Bustamante, *Derechos del consumidor*, 22 (Astrea, Buenos Aires, 2004).

32 Gilles Taormina, *óp. cit.*, 47.

33 Jean Calais-Auloy, *Droit de la Consommation* (7e édition, Dalloz, París, 2006).

[...] que la excepción al régimen de protección previsto por el artículo 8-1-E de este texto, no se aplica solamente a aquel que contrata en calidad de consumidor sino también en ejercicio de su actividad profesional. Que, por lo tanto, fue a buen criterio que la Corte de Apelación consideró que en el presente caso, el contrato en litigio escapaba a la competencia profesional del señor X, agricultor, y debía por lo tanto quedar cobijado por las disposiciones de la Ley del 22 de diciembre de 1972³⁴.

La Corte de Casación siguió la misma tendencia en diversos fallos pronunciados con posterioridad³⁵. Sin embargo, en otros casos, se mostró más estricta al interpretar la noción de consumidor. Por ejemplo, en un fallo del 15 de abril de 1986, la Corte negó la aplicación del derecho del consumo a un agente de seguros que suscribió un contrato con una agencia de publicidad con el objeto de imprimir y expedir una orden de anuarios telefónicos a sus clientes. En este caso, la Corte consideró que el agente de seguros había actuado en calidad de profesional al contratar con la agencia de publicidad y, por lo tanto, no le era aplicable la Ley de Protección al Consumidor³⁶.

La Corte de Casación fijó una posición al respecto en 1995³⁷, considerando que no es consumidor aquel que celebra un contrato que presenta una relación directa con su actividad profesional. En sentencia del 30 de enero de 1996, en un litigio entre una sociedad que había celebrado un contrato de arrendamiento financiero con otra sociedad, en el cual la sociedad arrendataria reclamaba la aplicación del artículo 132 del Código del Consumo, la Corte manifestó: “Teniendo en cuenta que las disposiciones de este texto, según las cuales son consideradas no escritas por considerarse abusivas, las cláusulas de contratos concluidos entre profesionales y no profesionales o consumidores, no se aplican a contratos de suministro de bienes o servicios que tienen relación directa con la actividad profesional ejercida por el contratante³⁸. En

34 Véase: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEX T000007018721&fastReqId=1463200633&fastPos=1>> [consultado: 15 de diciembre de 2008]. En el caso en mención, un agricultor que fue víctima de un incendio en su granja recibió la visita de un vendedor que le ofreció hacerle el experticio del siniestro. El agricultor aceptó y celebraron el contrato en el que pactaban una remuneración del 3% del valor avaluado. El mismo día una sociedad de la misma naturaleza contactó al agricultor y le propuso un contrato por una remuneración del 2% del valor avaluado. El agricultor dirigió una carta a la primera sociedad con que contrató, declarando que renunciaba al contrato con fundamento en la ley del 2 de diciembre de 1972 relativa a la protección de consumidores en las ventas celebradas a domicilio.

35 Corte de Casación, Sala Civil 1, 28 de abril de 1987, Decisión 85-13674, Corte de Casación, Sala Civil 1, 3 de mayo de 1988, decisión 85-18466.

36 Corte de Casación, Sala Civil 1, decisión 84-15801 del 15 de abril de 1986.

37 Corte de Casación, Sala Civil 1, decisión 92-18227 del 24 de enero de 1995. La Corte consideró, a propósito de un litigio entre un comerciante propietario de una imprenta y la Compañía de Electricidad de Francia EDF, que las normas del Código de Consumo no eran aplicables por tratarse de un contrato de suministro de energía eléctrica que tenía una relación directa con la actividad del profesional comerciante.

38 Corte de Casación, Sala Civil 1, decisión 96-18684 del 30 de enero de 1996.

este mismo sentido, se pronunciaría la Corte en jurisprudencias posteriores³⁹. Esta interpretación permite que las reglas del derecho del consumo sean aplicadas a contratos que no tienen una relación directa con la profesión, y esa apreciación corresponde directamente al juez del caso, quien determinará si existe o no tal relación. En la mayoría de casos, la relación es considerada directa, por lo cual se concluye que esta jurisprudencia está más cercana a la concepción estricta de consumidor⁴⁰.

En la jurisprudencia francesa, el asunto no está definido aún porque en algunas materias el profesional es admitido como consumidor, así actúe en la esfera de su especialidad, tal es el caso de la publicidad comparativa y comercial. El Consejo de Estado francés en fallo del 11 de julio admitió como consumidores a dos profesionales para aplicarles el derecho del consumo sobre cláusulas abusivas, con fundamento en que el profesional que actúa fuera de su especialidad es igual de profano al consumidor ordinario⁴¹.

La doctrina francesa en este punto se encuentra dividida: algunos autores consideran que se debe extender la protección a ciertos profesionales que actúan por fuera de su especialidad (Beauchard, Mestre, D. Mazeaud), mientras otros consideran que se debe optar por una noción restringida de consumidor que excluya todo acto que se lleva a cabo con una finalidad profesional (Aubert, Leveneur, Paisant, Calais-Auloy)⁴².

En cuanto a las personas jurídicas, la cuestión no es clara tampoco, puesto que los textos legales del derecho del consumo francés, a excepción de la venta a domicilio y el sobreendeudamiento, no se refieren expresamente a las personas físicas. La Corte de Casación se ha inclinado a reservar la protección a las personas físicas; sin embargo, se ha mostrado dubitativa en algunos casos, por ejemplo en jurisprudencia de 2005⁴³ la Corte aceptó indirectamente la aplicación del derecho del consumo a una persona moral al considerar que no le era aplicable este régimen por haber contratado dentro de su actividad profesional.

Debe anotarse, además, que la doctrina francesa más reciente no insiste en la necesidad de una definición legal, sino más bien en determinadas posiciones que deba asumir la Corte de Casación en su labor de juzgamiento. Al respecto Poillot considera que la presencia de un consumidor es un requisito indispensable para la aplicación del derecho del consumo, mientras que la definición de consumidor no es inherente a la definición del derecho del consumo, es más bien una consecuencia de ella. A pesar de que el campo de aplicación del derecho del consumo dependa del carácter extenso o restringido

39 Corte de Casación, decisiones de mayo 4 de 1999, 24 de junio de 1995, 10 de julio de 2001.

40 Jean Calais Auloy, *óp. cit.*, 12.

41 CE 11 de julio de 2001, Société des eaux de Nord, citado por Taormina, 49.

42 Calais Auloy, *óp. cit.*, 12 y 13.

43 Corte de Casación, Sala Civil 1, decisión 02-13935 del 27 de septiembre de 2005.

de la definición de consumidor, en cualquier caso se debe adoptar una de las dos posibilidades, ya sea la noción extensa de la Corte de Casación francesa o la restringida de la CJCE⁴⁴.

En síntesis, en el derecho francés no existe una noción única de consumidor, legalmente existen diferentes concepciones de consumidor⁴⁵ y jurisprudencialmente no ha existido unanimidad en su margen de cobertura. Este concepto es fluctuante en la jurisprudencia, la cual ha admitido que un profesional o una persona jurídica puedan entrar en la categoría de consumidor⁴⁶.

1.2.2. El derecho español

La Constitución de 1978 fue la primera que elevó al rango constitucional la protección a los consumidores sin especificar el contenido de esta categoría jurídica. El artículo 1.2 del la Ley General de Defensa a los Consumidores y Usuarios (ley 26 del 19 de julio de 1984), conocida como LGDCU, define al consumidor como “las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales bienes muebles e inmuebles, productos o servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”.

Agrega además: “No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”.

Debe aclararse que, además de esta ley, existen diversos estatutos autonómicos que incluyen definiciones de consumidor.

La noción consagrada en la LGDCU se centra en el carácter de destinatario final de los diversos bienes, productos o servicios⁴⁷, y no hace mención del uso privado, doméstico o familiar que se le dé a los bienes como tampoco el hecho de que se haga dentro de una actividad profesional. Por el contrario, se refiere a la no integración en un proceso de producción.

En cuanto a la calidad de destinatario final, Fernández Gimeno señala que debe matizarse, pues de su interpretación literal se concluye que no es

44 Elise Poillot, *Droit Européen de la Consommation et uniformisation du droit des contrats*, 12 (L. G. D. J., Paris, 2006).

45 Ciertas normas francesas se refieren a algunas clases de consumidores especiales: consumidores en estado de debilidad o ignorancia para el caso del delito de abuso de estado de debilidad (del Código del Consumo, art. L 122-8), el consumidor medio para el caso de la publicidad engañosa (del Código del Consumo, art. L 121) y para el caso de los procedimientos por sobreendeudamiento al consumidor de buena fe.

46 Elise Poillot., *óp. cit.*, 11 y 12.

47 José Pascual Fernández Gimeno, *Los consumidores y usuarios como sujetos afectos a una especial tutela jurídica*, en *Derecho Privado del Consumo*, 101 (María José Reyes, coord., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005).

destinatario final quien adquiere bienes para revenderlos o cederlos a terceros (a cualquier título) o quien transmite su uso a familiares. Por lo tanto, debe entenderse por destinatario final con relación al mercado quien adquiere para no reintroducir en el mercado. En este sentido, será consumidor quien adquiere un bien para regalarlo, por ejemplo⁴⁸.

En el derecho español la diferencia entre profesional y no profesional no es de trascendencia, pues el elemento esencial es la naturaleza del acto (adquirir para no reintroducir en el mercado) y no la calidad del contratante. No obstante, el estatuto del consumidor de la Comunidad Valenciana excluye su aplicación cuando el acto se celebra en ejercicio de una actividad profesional. Esta situación puede dar lugar a casos en que dos profesionales dedicados a una misma actividad celebren un contrato y uno de ellos sea considerado consumidor por el sólo hecho de ser destinatario final del producto o servicio adquirido. La aplicación de la norma de protección al consumidor sería cuestionable para algunos, pues en tal caso no se presenta el desequilibrio predicado como fundamento de ésta⁴⁹.

En igual forma, la ley incluye dentro de la noción a personas naturales y jurídicas, de tal manera que una persona jurídica será consumidor en la medida que sea destinatario final, sin importar que contrate dentro de la esfera de su actividad profesional. Sin embargo, se considera que son aislados los casos en que una persona jurídica actúa como destinatario final, pues normalmente los actos que celebra se inscriben dentro de la actividad que desarrolla o su objeto social, es decir, se incorporan en el proceso de producción o prestación de servicios, directa o indirectamente. Pensemos por ejemplo en una persona jurídica dedicada a la actividad del transporte que compra computadores para sus dependencias administrativas, directamente esta compra no tiene nada que ver con la actividad transportadora, pero de manera indirecta está relacionada con la prestación del servicio y el desarrollo del objeto social. Por lo tanto, esa compra no queda cobijada por el estatuto del consumidor. Pero si en el mismo ejemplo, la persona jurídica compra regalos para hacer una donación a una fundación, según la LGCDU se actúa como destinatario final y, por ende, se considera consumidor.

De esta manera, la legislación española se aparta de la normatividad comunitaria que no incluye a las personas jurídicas dentro del concepto por considerar que éstas no se encuentran en condiciones de inferioridad.

48 Ibid.

49 Por ejemplo, un ingeniero de sistemas compra un programa de *software* para el computador de su hogar. El comprador actúa dentro de su especialidad como destinatario final, por lo tanto es consumidor. No obstante, el carácter de profano no es determinante para considerar a un individuo como consumidor.

La Ley Española de Condiciones Generales de Contratación sí hace la diferencia entre profesional y no profesional, y en su artículo 2, numeral 2, considera profesional a toda persona física o jurídica que actúe dentro de su actividad profesional.

1.3. La noción de consumidor en el ámbito latinoamericano

Hoy en día la gran mayoría de los Estados latinoamericanos tienen un estatuto de protección al consumidor, dentro de los cuales aparece la definición legal adoptada por cada país para los efectos del ámbito de aplicación de la norma. Algunas de esas definiciones de las legislaciones americanas se citarán a continuación.

En la Argentina, la ley 24240 de 1993 de Defensa del Consumidor considera como consumidores en su artículo 1:

[...] consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines. Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.

La definición que trae esta ley en su artículo 1.º fue sustituida mediante ley 26361 del 7 de abril de 2008, y frente a la anterior definición se incluye a las personas que adquieren a título gratuito; de esta manera, la legislación argentina explicita el caso en que una persona, sin ser comprador y en general sin hacer parte de la relación de consumo, utiliza el bien o servicio como destinatario final, por ejemplo a quien le regalan un televisor nuevo. Además, esta definición se refiere expresamente a la relación de consumo, expresión que se echa de menos en otras definiciones.

En la Ley Uruguaya de Relaciones de Consumo, ley 17250, artículo 2.º, se define al consumidor como “toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella. No se considera consumidor o usuario a aquel que, sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación o comercialización”.

En Costa Rica, la definición de la Ley de Promoción de Competencia y Defensa del consumidor es:

Toda persona física o entidad de hecho o derecho, que como destinatario final, adquiere, disfruta o utiliza los bienes o los servicios, o bien, recibe la información o propuestas para ello. También se considera consumidor al pequeño industrial o artesano —en los términos definidos en el reglamento de esta ley— que adquiera productos terminados o insumos para integrarlos en los procesos para producir, transformar, comercializar o prestar servicios a terceros.

En Chile, según la ley 19496 de 2004, “Consumidores o usuarios: las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios”.

En México, la Ley Federal de Protección al Consumidor dice:

[...] consumidor: la persona física o moral que adquiere, realiza o disfruta como destinatario final, bienes productos o servicios. Se entiende también por consumidor a la persona física o moral que adquiera, almacene, utilice o consuma bienes o servicios con objeto de integrarlos en procesos de producción, transformación o comercialización o prestación de servicios a terceros únicamente para los casos a que se refieren los artículos 99 y 117 de esta ley.

En Brasil: “[...] consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza un producto o servicio como destinatario final”.

La Ley Modelo de la Organización Consumers Internacional (CI) define al consumidor como “toda persona natural o jurídica, que adquiera, utilice o disfrute como destinatario final, bienes o servicios de cualquier naturaleza”.

Debe anotarse que el elemento en común a todas esas definiciones es la calidad de destinatario final que tiene el consumidor. Sin embargo, en estas definiciones no se hace la diferencia entre si esa destinación debe hacerse a actividades personales, familiares o domésticas, a excepción de la norma argentina. En igual forma, la mayoría de legislaciones admiten la calidad de consumidor a las personas jurídicas o morales. Algunas legislaciones hacen mención del carácter oneroso del acto jurídico celebrado, como la ley chilena que limita el nacimiento de la relación de consumo a los actos de carácter oneroso; por el contrario, la ley argentina admite que los actos sean a título gratuito u oneroso. Llama la atención que la legislación costarricense incluye en la categoría de consumidores a los pequeños empresarios y artesanos que adquieran bienes para integrarlos en procesos de producción. La ley mexicana tiene una disposición semejante en la que considera consumidor a aquellas personas físicas o morales que adquieran bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, siempre y cuando la adquisición no supere un monto determinado por la ley.

2. LA NOCIÓN DE CONSUMIDOR EN EL DERECHO COLOMBIANO

El decreto 3466 de 1982, que reglamenta en Colombia el tema de la protección al consumidor, en su artículo 1.º literal c), define al consumidor como “Toda persona natural o jurídica, que contrate la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado, para la satisfacción de una o más necesidades”. Esta definición es bastante amplia, y a primera vista da a entender que en Colombia *consumidor* es toda persona que celebre un contrato, lo cual resultaría absurdo, pues las normas sobre consumo son por naturaleza proteccionistas, aplicables solamente a unas relaciones jurídicas especiales: las relaciones de consumo. Por esta razón, la doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio y una jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia han ayudado a delimitar el concepto.

2.1. La doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio

La Superintendencia de Industria y Comercio (sic), a través de la emisión de conceptos sobre temas de su competencia, ha demarcado esta noción de consumidor. Así, en concepto de 1996, la sic afirmó:

Importa entonces la finalidad perseguida por el adquirente o usuario y si éste adquiere el bien o el servicio para incorporarlo en un proceso productivo o para transformarlo y colocarlo posteriormente en el mercado, no tendría respecto de esa operación de adquisición la calidad de consumidor; allí ostenta la calidad de “productor”, según la definición que trae el decreto 3466 de 1982. Pero si el adquirente del bien o servicio lo coloca nuevamente en el mercado sin transformarlo ni incorporarlo en un proceso productivo y no se sirve del mismo para la satisfacción de una necesidad personal, ese adquirente tendrá la calidad de “proveedor” a la luz del citado decreto⁵⁰.

Agregó además:

En efecto, en las relaciones consumidor-productor o consumidor-proveedor, se establecen vínculos entre un profesional y un lego o no profesional, con lo cual el ordenamiento busca particularmente proteger los intereses del primero, toda vez que es la parte económica más débil y se encuentra en una posición más frágil en la medida en que no tiene los conocimientos de un profesional como lo es el productor o el proveedor. En las relaciones de estos últimos, no existe esa

50 Concepto sic 96027242 de septiembre 2 de 1996.

disparidad, por cuanto ambos son “profesionales” y, por ende, se encuentra al menos jurídicamente en condiciones de igualdad⁵¹.

La primera pauta de se dio para establecer quién es consumidor fue la necesidad de establecer la finalidad del contrato celebrado, según lo cual, si una persona contrata para incorporar en un proceso productivo no adquiere la calidad de consumidor (caso en que es considerado productor), regla que resulta lógica al recordar que las partes en la relación de consumo son el productor y el consumidor, y que es necesaria la presencia de cada uno de ellos para que verdaderamente surja este vínculo jurídico. Para tal efecto, han sido útiles las definiciones de productor y proveedor que trae la norma, pues constituyen un parámetro para delimitar la noción de consumidor⁵². Igualmente, sucede si, a pesar de no incorporarse el bien o servicio en un proceso de transformación o producción, se adquiere con la finalidad de reincorporar el bien en el mercado en el mismo estado (distribuidor). Se necesita entonces que se adquiera para la satisfacción de una necesidad personal o familiar (consumidor final). Asimismo, debe resaltarse que la sic hizo referencia al desequilibrio de la relación consumidor-proveedor, basada en la diferencia de conocimientos entre uno y otro (relación profano-especialista)⁵³. Debe tenerse en cuenta, además, un ejemplo⁵⁴ que utiliza la sic para ilustrar su afirmación, según el cual cuando un productor adquiere un bien dentro del marco de su actividad, pero fuera de su esfera de especialidad, surge una relación de consumo (cuando la editorial compra uniformes). En este caso, parece primar la teoría que fundamenta la relación de consumo en el vínculo profano-especialista, la cual ha tenido

51 Concepto sic 96027242 de septiembre 2 de 1996. En conceptos 96060904 de noviembre 28 de 1996 y 97023655 de julio 15 de 1997 la sic utilizó los mismos argumentos.

52 Decreto 3466 de 1982, Estatuto del Consumidor, art. 1.º. *Productor*: Toda persona natural o jurídica, que elabore, procese, transforme o utilice uno o más bienes, con el propósito de obtener uno o más productos o servicios, destinados al consumo público. Los importadores se reputan productores respecto de los bienes que introduzcan al mercado nacional. *Proveedor o expendedor*: Toda persona natural o jurídica que distribuya u ofrezca al público en general, o a una parte de él, a cambio de un precio, uno o más bienes o servicios producidos por ella misma o por terceros, destinados a la satisfacción de una o más necesidades de ese público.

53 Esta posición se mantendría hasta el concepto 01068522 del 28 de septiembre de 2001.

54 Concepto sic 96027242 de septiembre 2 de 1996: “Las consideraciones anteriores se ilustran con el siguiente ejemplo: si una persona o fabricante de papel suministra el producto a una empresa editorial, entre las dos no se establece una relación de consumo a la luz del decreto 3466 de 1982, puesto que la segunda incorpora el papel comprado en su proceso productivo y con posterioridad lo coloca nuevamente en el mercado; pero si la empresa editorial suministra impresos a una papelería y ésta no los utiliza para la satisfacción de una necesidad personal, sino para colocarlos nuevamente en el mercado, tendrá entonces respecto de esa operación, la calidad de ‘proveedor’, según la definición que trae la norma. Al contrario, la dotación de uniformes o ropa que con el propósito de cumplir con las obligaciones laborales que adquiera la empresa editorial con una textilera o un intermediario, será una relación de consumo, teniendo la primera la calidad de consumidor respecto de la segunda a la luz del decreto 3466 citado”.

bastantes inconvenientes en otras legislaciones y ha sido criticada por considerarse demasiado amplia. Nótese en este caso, además, que no se adquiere para la satisfacción de una necesidad personal de la empresa, se adquiere para cumplir una actividad vinculada con el desarrollo de la actividad mercantil. Los uniformes no se reintroducen en el mercado, pero se destinan a la actividad de la empresa.

Posteriormente, en concepto de 2001, la sic se apartó de esta posición al manifestar:

Nótese cómo la definición anteriormente citada, no señala que la utilización o disfrute que el consumidor efectúe se refiera al uso final que se le deba dar a los mismos [...]. En este punto es clara la diferencia positiva entre la normatividad colombiana y la tendencia legislativa a nivel suramericano, pues es evidente que estas legislaciones extranjeras son claras cuando excluyen de la categoría de consumidor a todos aquellos que en principio participan de la cadena de elaboración y producción de un bien o servicio sin efectuar el uso o consumo final del mismo [...]. En efecto, la definición de consumidor del decreto 3466 de 1982, deja por fuera el concepto de destinatario final del producto entendida esta noción en un sentido económico, es decir[,] consumidor final presupone que éste con el acto de consumo atienda una necesidad propia, pero no el desenvolvimiento de una actividad comercial propia de quien celebra la relación de consumo. En este sentido, nuestro máximo tribunal constitucional no hizo distinción alguna cuando se pronunció sobre la protección de las relaciones de consumo, es decir[,] no condicionó la órbita de protección que tienen los consumidores a la característica de usuarios finales de un determinado bien o servicio, aunque sí mencionó que en las relaciones de consumo existe una desigualdad manifiesta entre las partes y que son esas relaciones donde se presenta un desequilibrio económico las que la Constitución Política en su artículo 78 indica proteger. Así las cosas, podemos afirmar que las normas de protección al consumidor sí pueden aplicarse para aquellas personas naturales o jurídicas que hayan utilizado, transformado u ofrecido al público un bien o servicio si ha efectuado una relación de consumo en los términos anteriormente señalados, es decir, en términos de verdadero desequilibrio frente al productor y/o expendedor y el consumidor⁵⁵.

Según lo expresado, para la sic en este concepto la noción de destinatario final no es fundamental en la definición de consumidor y, por el contrario, el ámbito de aplicación de esta noción se hace extensivo a los casos en que, a pesar de haberse adquirido con la finalidad de integrar en un proceso productivo o reincorporar al mercado sin transformar, se presentase un desequilibrio entre las partes. En este orden de ideas, se puede afirmar que la sic pasó de tener una concepción restringida de consumidor en la que primaba el concepto de destinatario final y el uso personal o familiar, a una

55 Concepto sic 01085864 del 22 de noviembre de 2001.

concepción más amplia en la que sin importar la condición de las partes y el uso pretendido, solamente importa el desequilibrio. Se admitiría entonces una relación de consumo entre dos profesionales o productores cuando se actúa fuera de la esfera de especialidad de alguno de ellos, caso en el cual se presentaría el aludido desequilibrio derivado de la calidad de profano de unos de los contratantes frente al otro.

En el año 2006, la sic emitió un concepto, después de proferida la sentencia de mayo 5 de 2005 por la Corte Suprema de Justicia⁵⁶, en el cual manifestó:

Al respecto, es importante resaltar que, para la Superintendencia de Industria y Comercio, la satisfacción de necesidades a que se refiere el literal c), del artículo 1.º del decreto 3466 de 1982 está determinada en razón de la finalidad perseguida y la destinación del bien adquirido o del servicio contratado, en tanto que no estén intrínsecamente ligadas a la actividad profesional o empresarial. Es así como, es claro que quien adquiere un bien para incorporarlo en un proceso productivo, para transformarlo o utilizarlo a fin de obtener uno o más productos, o para comercializarlo, no es consumidor, en tanto que en estos casos la necesidad a [mejor: por] satisfacer mediante la adquisición de dicho bien está intrínsecamente ligada a su actividad económica propiamente dicha. Sin embargo, en los casos en que el bien no sea destinado o utilizado para tales fines y en los que, por lo tanto, no se puede excluir de tajo que exista una relación de consumo, la determinación de la existencia o no de ésta debe realizarse con base en elementos de juicio adicionales que son particulares a cada caso concreto⁵⁷.

La sic en este concepto consideró que es imprescindible tener en cuenta la finalidad con que se adquiere un bien o servicio, para lo cual se establecen varios criterios:

- no incorporarlo en un proceso de productivo o de transformación para incorporarlo al mercado;
- en caso de que no se transforme, no reintroducirlo al mercado;
- destinarlo a la satisfacción de una necesidad privada, familiar o doméstica;
- destinarlo a una actividad empresarial que no esté intrínsecamente ligada a su actividad económica propiamente dicha.

Sobre este último punto llama la atención que la sic cita el ejemplo que ya había utilizado sobre el fabricante de papel, en el cual dos profesionales contratan, pero uno lo hace fuera de su especialidad, pues reitera la posición asumida en 1996, y se agrega, además, que la destinación no debe estar “intrínsecamente” relacionada con la actividad económica. Esto nos permite afirmar que la rela-

56 En sentencia de casación de mayo 5 de 2005, expediente 1999-04421-1, la Corte Suprema de Justicia abordó, por primera vez, el asunto de la noción de consumidor y fijó su posición al respecto de la delimitación del artículo 1.º literal c) del decreto 3466 de 1982.

57 Concepto sic 05063562 del 13 de marzo de 2006.

ción profano-especialista sigue siendo considerada por la SIC como constitutiva de una relación de consumo, tesis que ha sido negada sistemáticamente en otras legislaciones. Dependerá del juzgador determinar cuándo la destinación dada está “intrínsecamente relacionada con la actividad económica” para aceptar la aplicación de la norma de protección al consumidor.

Igualmente, es llamativo que la SIC consideró que, a pesar de que los bienes sean destinados a procesos de transformación o producción y sean reincorporados al mercado o se destinen a la satisfacción de una necesidad profesional, no debe descartarse la existencia de una relación de consumo, pues en cada caso se deben analizar los elementos probatorios y de juicio correspondientes. En este sentido, la SIC ha sido coherente al afirmar que, para determinar la existencia de una relación de consumo y la consecuente aplicación de la norma protectora, no existe una regla única y omnicompreensiva, sino que esta consecuencia jurídica debe resultar de una valoración integral de todos los elementos fácticos del caso⁵⁸. Se puede, por lo tanto, afirmar que la interpretación de la noción de consumidor sostenida por la SIC hoy en día es de carácter extensivo, y no ha sido uniforme, a pesar de tener unos criterios definidos y no circunscribirse estrictamente a ellos (en procura de dejar al juzgador) un margen de acción importante.

Esta solución, que parece ser la imperante en el derecho colombiano, tiene una doble lectura. A su favor podemos predicar que es más justa en la medida que admite cierta discrecionalidad por parte del juez al valorar la existencia de la relación de consumo, y no daría lugar a la exclusión per se de ciertos individuos (personas morales o profesionales) o de ciertas relaciones contractuales. A contrario sensu, una interpretación dejada al criterio judicial corre el riesgo de desbordarse, tal y como ha sucedido en el ámbito francés, pudiendo constituirse en una fuente de inseguridad jurídica; pues, si bien es cierto la limitación del concepto por parte de la SIC ha tenido cierta coherencia, nada impide que en el futuro esto cambie. Además, frente a un creciente número de casos judiciales que impliquen esta valoración, el riesgo sigue vigente. El peligro consiste en que la aplicación de un estatuto proteccionista devenga en un régimen general y degenera en la aplicación generalizada de la norma, en detrimento de su propia naturaleza y de la aplicación del derecho común.

Es importante destacar que en Colombia no ha existido controversia frente a la inclusión de las personas jurídicas como consumidores, al respecto se ha considerado que bien pueden serlo siempre y cuando se den los presupuestos de la norma, con las atemperaciones formuladas. Además, se ha dicho que

58 En varios conceptos, la SIC ha afirmado que “la calidad de consumidor debe ser analizada o apreciada en las relaciones concretas de quien adquiere el bien o recibe el servicio con independencia de la calidad de quienes intervienen en la operación” (concepto 96060904 de noviembre 28 de 1996 y concepto 97023655 de 15 de julio de 1997).

la relación de consumo debe ser considerada con independencia de quienes participen en ella⁵⁹.

2.2. La sentencia de la Corte Suprema de Justicia

El 25 de mayo de 2005 la Corte Suprema de Justicia colombiana profirió una sentencia en la cual se aborda por primera vez en Colombia el asunto de la noción de consumidor⁶⁰. En esta sentencia, surgida de un litigio entre una empresa de transporte aéreo en calidad de demandante y la empresa estatal de aviación de Kiev en calidad de demandada. Pretendía la demandante el resarcimiento de los perjuicios causados por la demandada a causa de los defectos de fabricación del avión Antonov que se accidentó mientras cubría el trayecto Bogotá-Rionegro. Comoquiera que en casación se alegaba la aplicación del Estatuto del Consumidor en lo referente a la garantía mínima presunta a cargo del productor, la Corte entró a considerar lo atinente a la configuración de una relación de consumo. Para tal efecto, era menester entrar a precisar la noción de consumidor según el estatuto del consumidor colombiano y la delimitación de dicho concepto, habida cuenta de la imprecisión de la definición legal. La Corte hizo mención de los antecedentes históricos de la norma colombiana y de los fundamentos constitucionales de la protección al consumidor (Cons. Pol., art. 78).

Con fundamento en la doctrina y las legislaciones extranjeras, la Corte examinó la falta de uniformidad del concepto para poder decantar los aspectos comunes a esas definiciones. Se examinaron los conceptos de consumidor según las leyes de la Argentina, Brasil, la directiva 93/13 de la Unión Europea, el Código del Consumo italiano y la Ley Española para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Como fruto de este muestreo legislativo en el derecho comparado, la Corte encontró que se pueden “identificar dos directrices básicas para la calificación de consumidor: *a*) la posición de destinatario o consumidor final del bien o servicio; y *b*) la adquisición o utilización de bienes o servicios con una finalidad ubicada por fuera del ámbito profesional o empresarial”.

En igual forma, la Corte estimó que “Así las cosas, considerando los elementos de juicio que se han dejado reseñados, es inevitable afirmar que la calidad de consumidor —y la consecuente aplicación del estatuto— sólo puede determinarse a partir del examen detallado de las circunstancias subjetivas y objetivas que rodean una relación específica”.

59 Concepto 01085864 del 22 de noviembre de 2001; concepto 97023655 de 15 de julio de 1997; concepto 96027242 del 2 de septiembre de 1996.

60 Sentencia de casación del 3 de mayo de 2005, expediente 1999-04421-01, M. P. César Julio Valencia Copete.

En congruencia con lo afirmado por la sic en la doctrina citada, la Corte consideró que la calidad de destinatario final y la adquisición de bienes o servicios con la finalidad de darles un uso privado o familiar son fundamentales en la noción de consumidor. Sobre este último aspecto, nótese que la Corte estipula que la finalidad debe encontrarse por fuera del ámbito profesional o empresarial, lo que restringe la posibilidad de configuración de una relación de consumo por parte de un profesional. Sobre este aspecto, la Corte es más estricta que la sic en su último concepto, en el que determina que el uso dado al bien o servicio no debe estar “intrínsecamente ligado” a la actividad empresarial. En efecto, este concepto de la sic⁶¹, que fue emitido con posterioridad a la sentencia de la Corte y en el que se hace mención de ésta, admite la consideración de consumidor al productor cuando el uso empresarial no esté estrechamente ligado con la actividad comercial. El problema aquí se encuentra en delimitar qué es lo que está intrínsecamente ligado a la actividad empresarial, valoración que depende exclusivamente del juzgador para cada caso concreto.

La Corte, en el caso en estudio, determinó que, si se presenta una asimetría en las relaciones entre profesionales, aquel que se encuentre en posición de debilidad no se convierte en consumidor. Al respecto dijo lo siguiente:

[...] el hecho de que la relación entre las empresas demandante y demandada se haya presentado en el marco de su actividad profesional o empresarial, determina, en principio, que no haya lugar a presumir o entender que la sociedad actora se encontraba en una posición de debilidad económica, informativa, técnica o de cualquier otro orden; en todo caso, aun si se presentara cualquier asimetría o desequilibrio en una relación entre profesionales —que suele ocurrir—, ello no convertiría per se a la parte débil en consumidor, ni habilitaría la aplicación del régimen propio de ellos, toda vez que cualquier situación abusiva que pudiera darse o cualquier responsabilidad en la que pudiera incurrirse, como la derivada de productos defectuosos que aquí se ha invocado, no quedaría desamparada, sino que simplemente estaría sometida a las normas generales, que no a aquellas destinadas a los consumidores.

En este orden de ideas, la Corte se inclina por considerar que, cuando el desequilibrio se presenta entre profesionales, no se configura una relación de consumo y se debe aplicar el régimen de derecho común. Sin embargo, la Corte se refiere a profesionales que actúan en su actividad profesional o empresarial, ya sea que se trate de su especialidad o no, porque entender lo contrario nos llevaría al absurdo de entender que un profesional no puede nunca actuar como consumidor. Esto es posible. La relación de consumo se configura cuando un profesional adquiere bienes o servicios para la satisfacción de una necesidad

61 Concepto sic 05063562 del 13 de marzo de 2006.

personal, familiar o doméstica. Este aspecto es fácil de dilucidar cuando nos encontramos frente a un profesional persona natural. Pero, cuando se trata de una persona jurídica, es necesario preguntarse cuáles son esos eventos en que adquiere bienes o servicios para satisfacer una necesidad personal y no profesional; pues, cuando una persona jurídica actúa, lo hace normalmente dentro de su actividad profesional.

Es necesario cuestionarse, además, sobre la asimetría de las relaciones jurídicas en algunos casos y la validez de la consideración entre profano y especialista para determinarla. Pensemos en el ejemplo del ingeniero de sistemas que compra un computador para su casa: la pregunta es si verdaderamente él es un profano frente al distribuidor o productor de la máquina, a pesar de que contrata para satisfacer necesidades personales o familiares. A priori, podemos afirmar que se trata de una relación de consumo, y en la mayoría de las legislaciones así sucede; sin embargo, el pretendido desequilibrio en este caso resulta difícil de admitir. La solución legislativa en el derecho comparado ha sido omitir este factor para considerar si se trata de una relación de consumo y, en el caso en que la finalidad sea la satisfacción de una necesidad personal o familiar, admitir la existencia de una relación de consumo. Este punto en Colombia no se encuentra definido, pues la sic ha aceptado que la relación de consumo se puede presentar cuando un profesional adquiere un bien o servicio para un uso que no esté “intrínsecamente ligado” a su actividad empresarial.

En igual forma que la sic, la Corte prefirió hacer una interpretación extensiva del concepto de consumidor en la medida en que no adoptó un concepto único según el estudio del derecho comparado que se hizo, sino que ubicó los puntos esenciales de éste para que sean tenidos en cuenta en su delimitación.

En cuanto a la aplicación del derecho del consumo a las personas jurídicas, la Corte se limitó a decir que no se descarta la posibilidad de que una persona pueda serlo, lo cual, en nuestro concepto, dependerá de que se den los supuestos citados por la Corte. La misma posición ha adoptado la sic.

Para dictaminar en el caso que se le sometía a consideración, la Corte determinó que no existió una relación de consumo como consecuencia de la ponderación de los dos factores constitutivos de ésta. En primer lugar, la finalidad de la empresa demandante con la celebración del contrato de arrendamiento era procurarse un elemento operacional para el desarrollo directo de su objeto social, sin que pueda afirmarse que aspiraba a la satisfacción de una necesidad personal. En segundo lugar, “la aerolínea no actuaba como destinatario final del bien utilizado, por cuanto el mismo era integrado e incorporado al giro ordinario de sus negocios; por este aspecto no cabe duda [de] que la sociedad se comportaba dentro de la esfera de su propia actividad profesional o empresarial típica y propiamente dicha”.

Finalmente, se considera que este fallo de la Corte Suprema de Justicia es oportuno, por cuanto se constituirá en un referente para la interpretación

del concepto de consumidor en el futuro ante la ausencia de una definición legal clara.

2.3. El proyecto de reforma al estatuto del consumidor

El proyecto de ley 82/2008⁶² de reforma al estatuto del consumidor que cursa actualmente en el Congreso de la República, en su artículo 6.º define al consumidor como: “Consumidor o usuario. Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su objeto social”.

Vemos claramente cómo esta definición recoge los aspectos en que hasta ahora la SIC y la Corte Suprema de Justicia han insistido, a saber, el carácter de destinatario final, la admisión de las personas jurídicas y la satisfacción de necesidades privadas. Constituye un aspecto nuevo de la definición la admisión de la calidad de consumidor para aquel que busque la satisfacción de necesidades de índole “empresarial” cuando no estén ligadas “intrínsecamente” a su “objeto social”. Recordemos que la SIC en su último concepto había adicionado el término *intrínsecamente* a la interpretación de la definición legal en vigencia. Lo anterior nos permite afirmar que, para los redactores del proyecto, sí fue importante la relación profano-especialista. De acuerdo con el proyecto, un profesional persona jurídica podrá ser considerado consumidor sólo cuando actúe dentro de una actividad empresarial como destinatario final y se aleje de su especialidad (objeto social); pues, en tal caso, el desequilibrio se hará palpable. La norma no cobija al profesional persona natural o al comerciante persona natural cuando actúen como destinatarios finales fuera de su especialidad (este último es un proveedor, según la norma). Esta definición propuesta resulta afortunada porque enmarca el concepto de consumidor, pero lo hace de una manera extensiva; el concepto es amplio, tratando de preservar el carácter proteccionista de la norma de consumo.

Finalmente, debe destacarse que, en la exposición de motivos del proyecto, se hace relación a la necesidad de actualización de la norma de protección al consumidor, porque: “La definición del campo de aplicación de la ley es impreciso y carece de elementos de importancia como el concepto de destinatario final”.

62 Proyecto de ley 8/2008, presentado por el representante a la Cámara, Simón Gaviria Muñoz.

CONCLUSIONES

No existe una noción única de consumidor en el derecho comparado, y en consideración a las múltiples facetas del derecho del consumo esta noción debe adaptarse al ámbito de aplicación en cada caso. Pretender construir una acepción única de consumidor es inútil⁶³. Existe multiplicidad de definiciones legales, pero la práctica ha demostrado que ninguna puede ser omnicomprendensiva de las situaciones fácticas que merecerían cobertura por los estatutos del consumo. En este aspecto, es importante la labor de interpretación del juez para aplicar el estatuto sólo a aquellos casos en que verdaderamente exista un desequilibrio entre las partes. Según Poillot, la finalidad del derecho del consumo es la protección del consumidor, pero debe tenerse en cuenta que esta disciplina “involucra una función económica y no una categoría de personas”; en consecuencia, resulta mejor definir al consumidor en función del acto de consumo o, mejor dicho, es el acto de consumo el que hace al consumidor⁶⁴.

Algunos autores consideran que, en términos generales, existen dos nociones diferentes de consumidores: una concreta centrada en quienes adquieren bienes o servicios para uso privado, y una noción abstracta, que incluye a todos los ciudadanos en cuanto personas que deben ser protegidas⁶⁵. Se considera que la noción abstracta de consumidores es más adecuada para expresar programas políticos de acción que para la atribución de derechos individuales (protección específica)⁶⁶.

La relación lego-especialista no es factor determinante para establecer el carácter de consumidor a un individuo. Si bien es cierto se considera que la relación de consumo es asimétrica y el consumidor es la parte débil frente al productor⁶⁷, en la mayoría de las legislaciones prima la noción de destinatario final, así como la destinación para un uso personal, familiar o doméstico, más allá de que la persona que adquiere el bien o servicio sea un especialista en la materia de que se trata la adquisición frente al productor. El factor subjetivo,

63 José Pascual Fernández, *óp. cit.*, 95.

64 Elise Poillot, *óp. cit.*, 11.

65 Botana Gemma, *óp. cit.*, 61.

66 Bercovitz A., *Comentario al artículo 1.º*, en *Comentarios para la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios* (citado por Botana Gemma, *óp. cit.*, 62, Madrid, 1992).

67 Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Lorenzetti consideran que esta debilidad deriva de aspectos muy variados: “Es débil en cuanto tiene necesidades que debe satisfacer, sean ellas primarias o secundarias; esas necesidades son sentidas y vividas como carencias, faltas o limitaciones que condicionan la personalidad; son en rigor, sufridas. El consumidor se muestra ansioso, mortificado por el afán de lograr aquello de lo cual carece [...] Es débil, asimismo, en cuanto está solo, aislado, librado a su desconocimiento o ignorancia de sus derechos subjetivos, en particular, y el derecho como regulador de la vida en sociedad, en general. Es débil, también, porque no tiene una experiencia aquilatada en el tema de la comercialización del bien o del servicio de que se trata; le falta profesionalidad, no hace de tal o cual compra una profesión habitual. Además está “de este lado del mostrador”, vale decir, ajeno al proceso de producción y distribución, sin conocimientos ciertos sobre costos; forzado “a creer”, a confiar, a aceptar los precios y las calidades que se le ofrecen [...]”. *Ibidem*, 54 y 55.

por lo tanto, no es fundamental para saber si una persona es consumidor; es más importante el factor objetivo que consiste en saber cuál es la finalidad de la compra.

La mayoría de ordenamientos jurídicos se inclinan por hacer dar una definición legal de consumidor que contenga los elementos esenciales para saber cuándo y a quién se aplica el estatuto de protección, lo cual no sucede en el caso colombiano, circunstancia que se puede equiparar al caso francés, donde no existe una definición legal de consumidor. No obstante, el caso francés ha dado lugar a inconvenientes en la aplicación de la norma.

En el ordenamiento comunitario europeo, debido a la numerosa normatividad sobre la protección al consumidor, existen varias nociones de consumidor que dependen del contexto específico de cada normatividad. Sin embargo, en ellas predominan los aspectos de persona física y uso o destinación no profesional, “consumidor final privado”. En el campo de protección al consumidor en la Unión Europea, la tendencia es a tomar como modelo a un consumidor medio, informado y atento, además de brindar protección a grupos de consumidores que merecen especial protección, tales como los niños. El TJCE ha aplicado en la mayoría de los casos una noción restringida de consumidor.

En las legislaciones latinoamericanas de protección al consumidor, la definición se caracteriza por la predominancia de aspectos, como persona natural o jurídica y destinatario final⁶⁸. La solución legislativa restrictiva de consumidor es generalizada en este contexto geográfico.

En Colombia, la definición legal de consumidor es *sui generis* por su amplitud, aunque el concepto ha sido demarcado con la tendencia a aceptar una noción extensiva, según la cual el consumidor puede ser una persona natural o jurídica, que adquiera bienes o servicios como destinatario final en el mercado. Sin embargo, la ausencia de una definición legal adecuada puede presentar inconvenientes en la aplicación futura de la norma; pues, si bien debe reconocerse que la doctrina de la SIC ha sido coherente y debe, además, confiarse en el buen criterio de los jueces para proteger la seguridad jurídica, la existencia de un concepto más claro es conveniente.

Es patente la necesidad de reformar el estatuto del consumidor colombiano en este aspecto (entre muchos otros). Los actores sociales ya tienen conciencia de ello, lo cual se evidencia en el proyecto de ley 82/2008, que incluye una definición de consumidor más precisa. Sin embargo, parece que el legislador no tiene esta preocupación, por lo que esperamos que este proyecto de reforma al estatuto

68 Al respecto afirma Ghersi: “Quedan excluidos de la noción de consumidor los intermediarios, esto es, aquellos que integran la cadena productiva o de comercialización. Se pretende dejar por fuera de la tutela legal las adquisiciones para su reinserción en el proceso industrial con fines lucrativos. Carlos Alberto Ghersi, *Contratos civiles y comerciales*, t. 1, 355 (5.ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2002).

del consumidor no engrose la lista de proyectos archivados en el Congreso de la República.

Se considera pertinente la inclusión de una definición legal en el derecho colombiano, siempre y cuando se trate de una noción amplia de consumidor que permita al juez o a la autoridad de control (sic) aplicar el estatuto del consumidor en el mayor número de casos en que el desequilibrio contractual se presente. En todo caso, la labor interpretativa será fundamental para determinar si hay lugar o no a la aplicación de la norma.

BIBLIOGRAFÍA

- CALAIS-AULOY, Jean, *Droit de la Consommation* (7e édition, Dalloz, París, 2006).
- FERNÁNDEZ GIMENO, José Pascual, *Los consumidores y usuarios como sujetos afectos a una especial tutela jurídica*, en *Derecho privado del consumo*, 101 (María José REYES, coord., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005).
- GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis, *Las nociones de consumidor medio y miembro de un grupo particular de consumidores en el reglamento 1924/2006*, en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 247, 9-19 (2007).
- *La noción de consumidor en el derecho comunitario del consumo*, en *Estudios de Consumo*, n.º 75, 25-42 (2005) [disponible en: <http://dialnet.unirioja.es>].
- GHERSI, Carlos Alberto, *Contratos civiles y comerciales*, t. I (5.ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2002).
- “Jurisprudencia comunitaria europea” [en línea], disponible en: <http://eur-lex.europa.eu>. [consultado: diciembre de 2008].
- LLAMAS POMBO, Eugenio, coord., *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (La Ley-actualidad, Madrid, 2005).
- MOSSET ITURRASPE, Jorge y LORENZETTI, Ricardo Luis, *Defensa del consumidor* (Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1993).
- PALAO MORENO, Guillermo, *La protección de los consumidores en el ámbito comunitario europeo*, en *Derecho privado de consumo* (María José REYES, coord., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005).
- PARRA RODRÍGUEZ, Carmen, *El nuevo derecho internacional de los contratos* (Bosch editor, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002).
- PÉREZ BUSTAMANTE, Laura, *Derechos del consumidor* (Astrea, Buenos Aires, 2004).
- POILLOT, Elise, *Droit Européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats* (L. G. D. J., París, 2006).
- TAORMINA, Gilles, *Théorie et pratique du droit de la consommation* (Editeur Librairie de L'université d'Aix en Provence, París, 2004).