

Bogotá D.C.,

10

Respetado(a) Señor (a):

[Datos personales eliminados en virtud de la Ley 1581 de 2012]

Asunto: Radicación: 17- 147507 - 1
Trámite: 113
Evento: 0
Actuación: 440

Reciba cordial saludo.

De conformidad con lo previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, fundamento jurídico sobre el cual se funda la consulta objeto de la solicitud, procede la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** a emitir un pronunciamiento, en los términos que a continuación se pasan a exponer:

1. OBJETO DE LA CONSULTA

Atendiendo a su solicitud, radicada en esta Superintendencia el 02 de junio de 2017, en la cual consulta:

“1. *¿En una compraventa a cuotas de un producto/servicio puedo pactar una cláusula sanción en caso de que el consumidor no pague las cuotas?*”

“2. *¿Existe una limitación a la sanción o al valor de la sanción que puede imponer el vendedor a consumidor en caso de que este no cumpla con sus obligaciones de pago?*”

“3. *¿En caso de incumplimiento en el pago de las cuotas, la empresa podría retener todo lo pagado como sanción por el incumplimiento, en caso de que así este pactado en el contrato?*”

“4. *¿Cómo ha interpretado la SIC, el numeral quinto del artículo 43 del Estatuto del Consumidor, de acuerdo con el cual es una cláusula abusiva aquella que*



Establezca que el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado?”

Al respecto, nos permitimos realizar las siguientes precisiones:

2. CUESTIÓN PREVIA

Reviste de gran importancia precisar en primer lugar que la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** a través de su Oficina Asesora Jurídica no le asiste la facultad de dirimir situaciones de carácter particular, debido a que, una lectura en tal sentido, implicaría la flagrante vulneración del debido proceso como garantía constitucional.

Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido en la Sentencia C-542 de 2005:

“Los conceptos emitidos por las entidades en respuesta a un derecho de petición de consulta no constituyen interpretaciones autorizadas de la ley o de un acto administrativo. No pueden reemplazar un acto administrativo. Dada la naturaleza misma de los conceptos, ellos se equiparan a opiniones, a consejos, a pautas de acción, a puntos de vista, a recomendaciones que emite la administración pero que dejan al administrado en libertad para seguirlos o no”.¹

Ahora bien, una vez realizadas las anteriores precisiones, se suministrarán las herramientas de información y elementos conceptuales necesarios que le permitan absolver las inquietudes por usted manifestadas, como sigue:

3. FACULTADES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

De acuerdo con las atribuciones conferidas por mandato legal a esta Superintendencia, en particular por el Decreto 4886 de 2011, corresponde a esta entidad, entre otras funciones, velar por el cumplimiento de las normas sobre protección del consumidor, sobre protección de la competencia, administrar el sistema nacional de la propiedad industrial, así como tramitar y decidir los asuntos relacionados con la misma, y conocer y decidir los asuntos jurisdiccionales en materia de protección del consumidor y competencia desleal.

4. FACULTADES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-542 de 2005.



De acuerdo con el Decreto 4886 de 2011, la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de protección al consumidor cuenta con las siguientes funciones:

- Velar por el cumplimiento de las normas sobre protección al consumidor, en particular, las contenidas en la Ley 1480 de 2011 y las demás que regulan los temas concernientes a la calidad, la idoneidad y las garantías de los bienes y servicios, así como por la verificación de la responsabilidad por el incumplimiento de las normas sobre información veraz y suficiente e indicación pública de precios, fijar términos de garantía, entre otras.
- Vigilar, en los términos establecidos en la ley, la observancia de las disposiciones sobre protección a suscriptores, usuarios y consumidores de los servicios de telecomunicaciones.
- Velar por el cumplimiento de los reglamentos técnicos sometidos a su vigilancia y control.
- Vigilar a los operadores y fuentes de información financiera, crediticia, comercial y de servicios y la proveniente de terceros países con idéntica naturaleza, conforme a la ley de Habeas Data (Ley 1266 de 2008).
- En facultades jurisdiccionales puede conocer y decidir los asuntos de protección del consumidor contenidos en el Art. 145 de la Ley 446 de 1998.

5. NATURALEZA RESIDUAL DE NUESTRAS COMPETENCIAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

De acuerdo con el Decreto 4886 de 2011, la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de protección al consumidor cuenta, entre otras, con la función de velar por el cumplimiento de las normas sobre protección al consumidor, en particular, las contenidas en la Ley 1480 de 2011 y las demás que regulan los temas concernientes a la calidad, la idoneidad y las garantías de los bienes y servicios, así como por la verificación de la responsabilidad por el incumplimiento de las normas sobre información veraz y suficiente e indicación pública de precios, entre otras.

Al respecto es necesario tener en cuenta que la Superintendencia de Industria y Comercio sólo puede pronunciarse respecto de las funciones que le han sido asignadas.

En efecto, al tenor del numeral 22 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, por regla general, corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio velar por la observancia de las disposiciones sobre protección al consumidor, dando trámite a



las reclamaciones o quejas que se presenten, teniendo en cuenta que la competencia del asunto no haya sido asignada a otra autoridad.

“ARTICULO 1o. (...) La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:(...) 22. Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección al consumidor y dar trámite a las reclamaciones o quejas que se presenten, cuya competencia no haya sido asignada a otra autoridad, con el fin de establecer las responsabilidades administrativas del caso y ordenar las medidas que resulten pertinentes...”²

De acuerdo con lo anterior, la competencia atribuida a esta Superintendencia en materia del régimen de protección al consumidor **es de naturaleza residual**, es decir, que radica en cabeza de la Entidad siempre y cuando no le haya sido atribuida a otra autoridad.

6. CLÁUSULAS PROHIBIDAS Y CLÁUSULAS ABUSIVAS

6.1 Cláusulas prohibidas

El artículo 38 de la Ley 1480 de 2011 prohíbe la inclusión de ciertas cláusulas en los contratos de adhesión:

“CLÁUSULAS PROHIBIDAS. En los contratos de adhesión, no se podrán incluir cláusulas que permitan al productor y/o proveedor modificar unilateralmente el contrato o sustraerse de sus obligaciones.”³

Para efectos de la interpretación del referido artículo, se debe tener en cuenta la definición que de los contratos de adhesión provee el numeral 4 del artículo 5 de la Ley 1480 de 2011:

“4. Contrato de adhesión: Aquel en el que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas.”⁴

Es de resaltar que dicha prohibición resulta aplicable exclusivamente para los contratos de adhesión, sin embargo, y según se estudiará a continuación, la prohibición de las cláusulas abusivas resulta aplicable para la totalidad de contratos suscritos con consumidores.

Al respecto los autores Giraldo López Alejandro, Caycedo Espinel Carlos Germán y Madriñán Rivera Ramón Eduardo, en su libro *“Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor”*, Legis, Primera Edición, 2012, página 114, expresan:

² Decreto 4886 de 2011, artículo 1, numeral 22.

³ Ley 1480 de 2011, artículo 38.

⁴ Ley 1480 de 2011, artículo 5, numeral 4.



“Sin embargo, resalta que en la disposición del artículo 42 del Estatuto del Consumidor no se condiciona la calificación de cláusula abusiva a que ésta haga parte de un contrato de adhesión, o al carácter de condición general: sino que la única condición que se consagró fue la de que se produzca un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor, situación que debe ser valorada teniendo en cuenta todas las condiciones de la transacción particular que se analiza.”⁵

6.2 Cláusulas abusivas

Dentro de los derechos consagrados en la Ley 1480 de 2011 a favor de los consumidores se encuentra el ser protegidos de las cláusulas abusivas, en este sentido el numeral 1.6 del artículo 3 de Estatuto del Consumidor dispone:

“1.6. Protección contractual: Ser protegido de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, en los términos de la presente ley.”⁶

Las cláusulas abusivas se encuentran reguladas en el capítulo tercero de la Ley 1480 de 2011, Artículo 42, dentro del cual se encuentra su definición y prohibición.:

“CONCEPTO Y PROHIBICIÓN. Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza.

“Los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, En caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho.”⁷

En relación con las cláusulas abusivas la doctrina (Gual Acosta Juan Manuel, *Perspectivas Globalizadas sobre el Control de las Cláusulas Abusivas*, en *Derecho del Consumo Problemáticas Actuales*, Gual Costa José Manuel y Villalba Cuellar Juan Carlos, Editorial Ibáñez – Universidad Santo Tomás, 2013, páginas 344 y 345.) ha considerado que existen principalmente dos tipos de éstas:

“(…) [E]l listado obedece en general a una sistematización bajo dos categorías generales así:

“1. Cláusulas de desequilibrio entendidas como todas aquellas cláusulas que otorgan grandes ventajas al empresario profesional mas no simultáneamente al consumidor o aquellas cláusula (sic) que establecen

⁵ “Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor”, Giraldo López Alejandro, Caycedo Espinel Carlos Germán y Madriñán Rivera Ramón Eduardo, Legis, Primera Edición, 2012, página 114.

⁶ Ley 1480 de 2011, artículo 3, numeral 1.6.

⁷ Ley 1480 de 2011, Artículo 42.



ciertos pesos al consumidor mas no al profesional. En todo caso el factor común determinante es el desequilibrio.

“Ese desequilibrio puede ser sobre la disponibilidad del vínculo contractual o sobre el régimen de responsabilidad bien del consumidor o bien del empresario o profesional, como sucedería con las cláusulas contractuales que limitan o modifican acciones o derechos, o aquellas que incluso restringen el régimen común de la responsabilidad, o aquellas cláusulas que se pactan sobre la protección u otorgamiento de los derechos, como el de la interpretación o resolución unilateral del contrato, o que en últimas restringen la libertad contractual.

“2. El segundo grupo son las cláusulas sorpresa esta (sic) son todas aquellas que permiten una ejecución del contrato significativamente diferente a aquel que razonablemente se podría esperar, es así como el común denominador es la sorpresa.

“Como serian (sic) la sorpresa sobre el vínculo esto es aquellas que se aplican cuando se da una situación imprevista como sería una cláusula que permita la terminación unilateral de manera indeterminada y sin preaviso.

“Incluso también podrían ser aquellas cláusulas sorpresa sobre el contenido contractual, como cuando se impone al consumidor que se soporte un contenido contractual incluso inesperado como cuando la adhesión se hace sobre cláusulas que no se han podido conocer antes de la celebración del contrato. O que se establezca que el precio lo definirá al momento de entrega del producto. O que se permita un ius variandi injustificado o excesivo.

“Finalmente se encuentran aquellas cláusulas sorpresa sobre la contraparte al permitir el cambio de la parte fuerte en un tercero incluso aunque vengán disminuidos los derechos del consumidor.”⁸

Adicionalmente, en el artículo 43 de la Ley 1480 de 2011 se establece una lista de cláusulas abusivas que serán consideradas ineficaces de pleno derecho:

“CLÁUSULAS ABUSIVAS INEFICACES DE PLENO DERECHO. Son ineficaces de pleno derecho las cláusulas que:

“1. Limiten la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley les corresponden;

“2. Impliquen renuncia de los derechos del consumidor que por ley les corresponden;

“3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;

“4. Trasladen al consumidor o un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad del productor o proveedor;

“5. Establezcan que el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado;

⁸ Perspectivas Globalizadas sobre el Control de las Cláusulas Abusivas, en Derecho del Consumo Problemáticas Actuales, Gual Costa José Manuel y Villalba Cuellar Juan Carlos, Editorial Ibáñez – Universidad Santo Tomás, 2013, páginas 344 y 345



- “6. Vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumpla sus obligaciones;
- “7. Concedan al productor o proveedor la facultad de determinar unilateralmente si el objeto y la ejecución del contrato se ajusta a lo estipulado en el mismo;
- “8. Impidan al consumidor resolver el contrato en caso que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor, salvo en el caso del arrendamiento financiero;
- “9. Presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo;
- “10. Incluyan el pago de intereses no autorizados legalmente, sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal.
- “11. Para la terminación del contrato impongan al consumidor mayores requisitos a los solicitados al momento de la celebración del mismo, o que impongan mayores cargas a las legalmente establecidas cuando estas existan;
- “12. Obliguen al consumidor a acudir a la justicia arbitral.
- “13. Restrinjan o eliminen la facultad del usuario del bien para hacer efectivas directamente ante el productor y/o proveedor las garantías a que hace referencia la presente ley, en los contratos de arrendamiento financiero y arrendamiento de bienes muebles.
- “14. Cláusulas de renovación automática que impidan al consumidor dar por terminado el contrato en cualquier momento o que imponga sanciones por la terminación anticipada, a excepción de lo contemplado en el artículo 41 de la presente ley.”⁹**

Sobre el particular el autor Gual Acosta, Juan Manuel, en la obra arriba citada, página 344, ha señalado:

“Finalmente además de los criterios genéricos de la buena fe objetiva y el desequilibrio normativo importante donde incluso se hace referencia a la transparencia contractual y la obligación de información, existe el criterio orientador de las listas sobre el cual se puede decir que este es rico con grandes listados negros, grises y en incluso blancos, cuya enumeración dentro del listado dependen en cada país de sus realidades (...)”¹⁰

Finalmente, el artículo 44 de la Ley 1480 de 2011 regula cómo se debe proceder en caso de que la ineficacia de las cláusulas abusivas no impida la subsistencia de un contrato:

“EFECTOS DE LA NULIDAD O DE LA INEFICACIA. La nulidad o ineficacia de una cláusula no afectará la totalidad del contrato, en la medida en que este pueda subsistir sin las cláusulas nulas o ineficaces.

⁹ Ley 1480 de 2011, Artículo 43.

¹⁰ Perspectivas Globalizadas sobre el Control de las Cláusulas Abusivas, en Derecho del Consumo Problemáticas Actuales, Gual Costa José Manuel y Villalba Cuellar Juan Carlos, Editorial Ibáñez – Universidad Santo Tomás, 2013, páginas 344.



“Cuando el contrato subsista, la autoridad competente aclarará cuáles serán los derechos y obligaciones que se deriven del contrato subsistente.”¹¹

6.3 La ineficacia de pleno derecho.

En atención a su consulta se debe tener en consideración la interpretación realizada por la doctrina de los citados artículos 42, 43 y 44 de la Ley 1480 de 2011.

“(…) “La Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor) y la Ley 1328 de 2009 (Régimen de Protección al Consumidor Financiero) son leyes que ordenan sancionar las cláusulas abusivas con la ineficacia de pleno derecho. En la primera, sus artículos 42 y 43 indican expresamente la mencionada sanción. Sin embargo, a pesar de lo claro y expreso de sus normas, debe resaltarse que el artículo 44 pareciera abrir la puerta a una sanción adicional: la nulidad de la cláusula. (…)

“A pesar de lo expresado por el artículo 44 del estatuto, la cláusula abusiva debe sancionarse con la ineficacia de pleno derecho. Varios argumentos permiten sustentar dicha posición. Primero, si los artículos 42 y 43 se refieren exclusivamente a esa sanción, es razonable pensar que el legislador no tuvo intención de establecer una sanción de otro tipo. Segundo, el artículo 4 de la mencionada ley señala que sus normas deberán interpretarse en la forma más favorable al consumidor y que, en caso de duda, esta deberá resolverse en favor de este último. Por tanto, si la Ley 1480 de 2011 tiene como objeto la defensa del consumidor, la ineficacia de pleno derecho ofrecería una mayor protección a este, pues teóricamente no sería necesario acudir ante las autoridades para que se decretara la invalidez de la cláusula. (…)”¹²

Respecto de esta misma situación otro doctrinante ha expresado:

“Por último, la Ley 1480 de 2011 o Estatuto del Consumidor, tiene un tratamiento impreciso del tema al referirse a la nulidad y a la ineficacia de pleno derecho como sinónimos. El artículo 44 dice: “La nulidad o ineficacia de una cláusula no afectará la totalidad del contrato, en la medida en que este pueda subsistir sin las cláusulas nulas o ineficaces”. El artículo las trata como expresiones sinónimas que distan mucho de serlo. Afortunadamente una lectura completa y sistemática de la Ley 1480 permite, a partir de la revisión de los artículos 42 y 43, concluir que la

¹¹ Ley 1480 de 2011, Artículo 44.

¹² Rodríguez Yong, Camilo Andrés, Una Aproximación a las Cláusulas Abusivas, Legis-Universidad del Rosario, primera edición, 2013, páginas 67 a 69



*inclusión de cláusulas abusivas en los contratos es sancionada, en todos los casos, con ineficacia de pleno derecho. (...)*¹³

Por lo cual, pese a la referencia que se realiza en el artículo 44 de la Ley 1480 de 2011, debe entenderse, según se indica en los artículos 42 y 43 de dicha norma, que las cláusulas abusivas incluidas en los contratos de consumo son ineficaces de pleno derecho.

La ineficacia de pleno derecho ha sido definida en los siguientes términos por la doctrina:

*“(...) La fórmula pro non scripta o ineficacia de pleno derecho es entonces una sanción in limine con el que el ordenamiento castiga los actos que violan sus normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres, y consiste en que en los expresos casos señalados en la ley, la específica cláusula o pacto transgresor, y únicamente éste, se borra de pleno derecho de la realidad jurídica y se tiene como si no se hubiera realizado. (...)*¹⁴

El efecto de la ineficacia de pleno derecho ha sido objeto del siguiente análisis por en la misma obra, páginas 161 y 162, en los siguientes términos:

“(...) la fórmula pro non scripta es una valoración negativa que se materializa al coincidir la realización del acto dispositivo transgresor con la descripción normativa que impone la effacement o borradura, es decir que esa tachadura se produce de inmediato por el poder de la misma norma y por consiguiente no requiere para su operancia de pronunciamiento judicial alguno.

“Sin embargo, el que opere de pleno derecho no impide que pueda ser atestada o contestada, de oficio o a petición de interesado, por el juez (...).

“De oficio puede y debe hacerlo el juez porque con su decisión estará reconociendo una situación jurídica que ha sido el resultado de la protección del interés público. (...)

“La ineficacia de pleno derecho persigue además la conservación del negocio por ser un desarrollo del principio del favor negotii, razón por la cual sólo se borra aquella parte del acto dispositivo que contraviene el ordenamiento y nunca destruye en su totalidad lo restante.

“Con otras palabras, la fórmula pro non scripta se materializa en la parte del acto que contraviene el ordenamiento.

“Por esta razón, la ineficacia de pleno derecho determina que no se produzcan los efectos inmediatos ni los efectos finales de la cláusula o pacto que se borra, aunque éste contenga todos sus elementos

¹³ Valvuela Quiñones, Gustavo, Reflexiones sobre el tratamiento de las cláusulas abusivas en Colombia en: Perspectivas del Derecho del Consumo, directora: Valderrama Rojas Carmen Ligia, Universidad Externado, primera edición, 2013, página 427

¹⁴ Alarcón Rojas, Fernando, La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos, Universidad Externado, primera edición, 2011, página 160



*estructurales, porque se lo impide la destrucción automática que la norma impone. (...)*¹⁵

De acuerdo con lo anterior, cuando en un contrato regulado por el derecho del consumo se incluya una cláusula de aquellas previstas en los artículos 42 y 43 de la Ley 1480 de 2011, dichas cláusulas se tendrán por no escritas y no producirán efectos, sin que sea necesario que así lo declare un juez. Sin embargo, en caso de que se susciten diferentes entre las partes en torno a esta situación, es posible acudir a la jurisdicción con el fin de que así lo declare.

En principio dicha consecuencia solamente se genera para la cláusula abusiva y podrá subsistir el contrato, siempre y cuando la eliminación de la cláusula ineficaz de pleno derecho no implique la eliminación de un elemento esencial para la existencia del contrato.

Estos reglas deberán ser tenidas en cuenta cuando se lleve a cabo la contratación con aquellos que son considerados consumidores, so pena de incurrir en faltas que pueden acarrear demandas, así como las sanciones establecidas en la Ley 1480 de 2011, artículo 61.

6.4 Cláusula penal

La multa a que usted hace referencia en su consulta es una penalidad que se aplica para los casos en que las personas deciden no continuar con un negocio jurídico y es conocida como cláusula penal.

La cláusula penal está regulada en nuestra legislación por los artículos 1592 y siguientes del Código Civil, donde se define como *“aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”*.

La ley establece la forma en que puede pactarse, siendo claro que nos encontramos ante una figura permitida por la ley y que busca la tasación anticipada y acordada entre las partes por los perjuicios ante un eventual desistimiento.

Ahora bien, si bien es preciso señalar la voluntad de las partes es ley dentro del contrato, no debemos olvidar que las normas de protección al consumidor reseñadas son de orden público, así que, eventualmente la existencia de una cláusula penal en detrimento del consumidor puede llegar a ser considerada como una de las cláusulas objeto de reproche por parte de la norma proteccionista, lo cual deberá ser evaluado por el operador jurídico en caso de conflicto.

¹⁵ Alarcón Rojas, Fernando, La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos, Universidad Externado, primera edición, 2011, páginas 161 y 162.



Sobre el carácter de abusivo de las cláusulas penales, la tratadista española Karolina Lyczkowska ha expresado

“Las cláusulas penales, admitidas en el derecho civil en virtud del artículo 1152 CC, constituyen un acuerdo anticipado de las partes en cuanto a la tasación de daños y perjuicios producidos por el desistimiento de alguna de las partes. Son un evidente método de presión cuya finalidad última estriba en asegurarse la consumación del contrato. En los supuestos donde entre el contrato y la consumación media un tiempo considerable, como es el caso de compra de inmuebles, las cláusulas penales constituyen un mecanismo jurídico frecuente. Aunque son admitidas por el derecho, en el ámbito de consumidores su formulación tiene que ajustarse a la normativa protectora del consumo. En caso contrario, pueden ser declaradas nulas por abusivas, cuando provoquen un desequilibrio de derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor.”¹⁶

Como puede verse, la institución de la cláusula penal tiene un carácter trascendental en las negociaciones modernas y están inspiradas en la necesidad de buscar un equilibrio en los eventos de contemplados dentro de cada contrato. Lo importante será que estas cláusulas no contravengan la normativa de protección al consumidor.

7. ACCIONES JURISDICCIONALES EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

La Ley 1480 de 2011, en su artículo 56 establece distintas acciones jurisdiccionales que pueden ser ejercidas por los consumidores ante el incumplimiento de las normas contenidas en dicha norma, entre ellas se encuentran:

- Acciones populares o de grupo previstas en la Ley 472 de 1998, ante la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa según el caso,
- Acción de responsabilidad por producto defectuoso, ante la jurisdicción ordinaria,
- Acción jurisdiccional de protección al consumidor

El citado artículo 56 establece:

“ARTÍCULO 56. ACCIONES JURISDICCIONALES. Sin perjuicio de otras formas de protección, las acciones jurisdiccionales de protección al consumidor son:

“1. Las populares y de grupo reguladas en la Ley 472 de 1998 y las que la modifiquen sustituyan o aclaren.

¹⁶ Tomado de

<http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/notasJurisprudencia/servicios/practicConsumo/7.pdf>.



“2. Las de responsabilidad por daños por producto defectuoso, definidas en esta ley, que se adelantarán ante la jurisdicción ordinaria.

“3. La acción de protección al consumidor, mediante la cual se decidirán los asuntos contenciosos que tengan como fundamento la vulneración de los derechos del consumidor por la violación directa de las normas sobre protección a consumidores y usuarios, los originados en la aplicación de las normas de protección contractual contenidas en esta ley y en normas especiales de protección a consumidores y usuarios; los orientados a lograr que se haga efectiva una garantía; los encaminados a obtener la reparación de los daños causados a los bienes en la prestación de servicios contemplados en el artículo 19 de esta ley o por información o publicidad engañosa, independientemente del sector de la economía en que se hayan vulnerado los derechos del consumidor.

“PARÁGRAFO. La competencia, el procedimiento y demás aspectos procesales para conocer de las acciones de que trata la Ley 472 de 1998 serán las previstas en dicha ley, y para las de responsabilidad por daños por producto defectuoso que se establece en esta ley serán las previstas en el Código de Procedimiento Civil.

“En las acciones a las que se refiere este artículo se deberán aplicar las reglas de responsabilidad establecidas en la presente ley.”

En relación con las que se pueden adelantar ante esta Superintendencia tenemos que, de conformidad con la Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor) y el Decreto 4886 de 2011 (por el cual se modificó la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio), la Entidad, en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, es competente para adelantar la acción de protección al consumidor en los siguientes eventos:

- a) los orientados a lograr que se haga efectiva una garantía;
- b) los que tengan como fundamento la vulneración de los derechos del consumidor por la violación directa de las normas sobre protección a consumidores y usuarios;
- c) los originados en la aplicación de las normas de protección contractual contenidas en esta ley y en normas especiales de protección a consumidores y usuarios;
- d) los encaminados a obtener la reparación de los daños causados a los bienes en la prestación de servicios que supongan la entrega de un bien o por información o publicidad engañosa, independientemente del sector de la economía en que se hayan vulnerado los derechos del consumidor.

La competencia para conocer de los asuntos jurisdiccionales de protección al consumidor es a prevención, es decir, no es una competencia exclusiva de la Superintendencia de Industria y Comercio, toda vez que para conocer de estos asuntos también son competentes los jueces civiles, tanto municipales como del circuito, de acuerdo con las normas sobre competencia contenidas en el Código de Procedimiento Civil. La competencia a prevención implica que el demandante tiene



la posibilidad de escoger el Juez competente, es decir, puede escoger entre promover la demanda ante la Superintendencia de Industria y Comercio o hacerlo ante los Jueces Civiles.

8. ACCIÓN JURISDICCIONAL

Para el ejercicio de la acción jurisdiccional de protección al consumidor, deberá presentarse una demanda, cumpliendo los requisitos de los artículos 75 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y los especiales señalados en el artículo 58 de la Ley 1480 de 2011, con la que iniciará la acción judicial que se desarrollará según el procedimiento señalado en el artículo 58 citado, por lo cual es importante advertirle que a la demanda deberá acompañarse la reclamación directa hecha por el demandante al productor o proveedor, como requisito de procedibilidad, cumpliendo las siguientes reglas establecidas en la misma norma:

- La reclamación puede hacerse en forma escrita, de manera verbal o incluso de manera telefónica.
- La reclamación realizada por medios electrónicos se considera una reclamación escrita.
- La reclamación escrita podrá presentarse directamente ante el productor y/o proveedor o puede ser enviada por correo a la dirección del establecimiento de comercio donde el demandante adquirió el producto y/o a la dirección del productor del bien o servicio, caso en el cual deberá aportarse la constancia de envío por correo.
- Cuando la pretensión principal sea que se cumpla con la garantía, se repare el bien o servicio, se cambie por uno nuevo de similares características, se devuelva el dinero pagado o en los casos de prestación de servicios que suponen la entrega de un bien, cuando el bien sufra deterioro o pérdida, la reposición del mismo por uno de similares características o su equivalente en dinero, se deberá identificar el producto, la fecha de adquisición o prestación del servicio y las pruebas del defecto. Cuando la reclamación sea por protección contractual o por información o publicidad engañosa, deberá anexarse la prueba documental e indicarse las razones de inconformidad.
- El productor y/o proveedor tiene un plazo máximo de quince (15) para dar respuesta.
- En aquellos casos en los cuales el proveedor y/o productor se niegue a recibir la reclamación, el consumidor demandante deberá manifestarlo bajo juramento en su demanda y, si es del caso, acompañar la constancia del envío por correo de la reclamación.



- Para efectos del proceso jurisdiccional, la conducta consistente en negarse a recibir la reclamación se tendrá en cuenta como indicio grave en contra del demandado.
- Realizado lo anterior y habiendo transcurrido 15 días sin que se le haya dado respuesta definitiva al consumidor o está no corresponda a las prescripciones legales, podrá presentar una demanda ante la Superintendencia de Industria y Comercio o el juez competente.

En consecuencia, quien así lo considere, podrá actuar conforme a lo aquí expuesto, presentando la correspondiente reclamación.

Concluyendo, dentro de las relaciones de consumo se pueden pactar penalidades por arrepentimiento entre quienes contratan, pero observando las normas que regulan lo relacionado con las cláusulas prohibidas y las cláusulas abusivas, tal y como se ha explicado en el presente concepto.

9. CONSIDERACIONES FINALES EN TORNO A LA CONSULTA PRESENTADA.

Teniendo en cuenta que a este punto se ha logrado la exposición de las consideraciones de orden constitucional, legal, jurisprudencial y doctrinal, en el marco de los interrogantes planteados en la solicitud formulada, nos permitimos manifestar que el examen particular sobre si una cláusula es abusiva o prohibida solo podrá darse dentro de una investigación y no por medio de un concepto, pues, de lo contrario, se estaría viciando el criterio judicial de la Entidad y realizando un prejuzgamiento, en consecuencia, quienes sean proveedores y/o productores deberán tener en cuenta las reglas generales contenidas en la ley y así evitar el incluir cláusulas abusivas o prohibidas en sus contratos, so pena de las sanciones de ley, así como de las demandas e indemnizaciones a que hubiere lugar.

En relación con la interpretación que ha dado la Entidad al tema, tenemos que en lectura contextualizada del numeral 5 del artículo 43 del Estatuto para poder hablar de la existencia de una cláusula abusiva será conforme al artículo 42 que señala que son abusivas aquellas *“producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos”*. Cuando se habla de la ineficacia de cláusulas que ***“establezcan que el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado”***, lo más correcto es que estemos ante un incumplimiento por parte del proveedor y/o productor, lo cual dará como resultado un desequilibrio en contra del consumidor.

No sobra señalar que en la relación de consumo – productor, distribuidor o proveedor y consumidor – el consumidor es la parte débil en esa relación asimétrica, por tal razón, el Constituyente facultó al legislador para que protegiera el estado de



indefensión en que se encuentran los consumidores frente a los proveedores de un bien o servicio. En este orden, el ordenamiento jurídico contiene normas especiales, como la Ley 1480 de 2011, que pretenden equilibrar dicha relación de manera razonada a favor de los consumidores y que, por tener coherencia con la finalidad de las normas protección del consumidor, no se consideran contrarias a la Constitución Política de Colombia. En efecto, en materia de responsabilidades la citada ley contempla un régimen diferente al ordinario basado en la búsqueda del referido equilibrio.

Al no ejecutarse un contrato por culpa del proveedor y/o productor estaríamos ante un real desequilibrio y si estos pretenden obtener beneficio de su incumplimiento consagrando cláusulas que no permitan el reintegro de sumas pagadas por el consumidor, estaríamos ante una cláusula abusiva.

Las circunstancias que rodeen la terminación, ejecución o la suspensión del contrato y que no estén reguladas en la ley de consumidor, serán de contenido contractual y, en caso de controversia, deberán ser solucionadas ante la justicia ordinaria.

Conforme a lo explicado, la mera existencia de una cláusula penal no genera como consecuencia lógica el reproche con base en las normas que protegen a los consumidores. De cualquier manera, tenga en cuenta que el examen particular sobre si una cláusula es abusiva solo podrá darse dentro de una investigación, pues, de lo contrario, se estaría viciando el criterio judicial de la Entidad y realizando un prejuizamiento, en consecuencia, quienes sean proveedores y/o productores deberán tener en cuenta las reglas generales contenidas en la ley y así evitar el incluir cláusulas abusivas o prohibidas en sus contratos, so pena de las sanciones de ley, así como de las indemnizaciones a que hubiere lugar.

En opinión de esta Oficina, las penalidades establecidas en relación con los desistimientos de los contratos serán las que las partes hayan acordado de manera clara en el correspondiente convenio, y en caso de tratarse de contratos que son considerados como de adhesión, deberá garantizarse que se suministre toda la información al consumidor que le permita la toma de la decisión. De todas maneras, reiteramos, la valoración de una cláusula es abusiva o no, se dará dentro de un proceso que así lo determine y no mediante un concepto, no siendo viable establecer por este medio cual puede ser el monto o límite que puede señalarse al respecto.

Concluyendo, dentro de las relaciones de consumo se pueden pactar penalidades por arrepentimiento entre quienes contratan, pero observando las normas que regulan lo relacionado con las cláusulas prohibidas y las cláusulas abusivas, tal y como se ha explicado en el presente concepto.

Debemos señalar que la violación a las normas señaladas podrá dar lugar a la imposición de las sanciones contempladas en el artículo 62 de la ley 1480 de 2011,



previa investigación. Así mismo, el pretendido afectado podrá presentar demanda en acción jurisdiccional, siguiendo los lineamientos aquí señalados.

Finalmente le informamos que algunos conceptos de interés general emitidos por la Oficina Jurídica, así como las resoluciones y circulares proferidas por ésta Superintendencia, las puede consultar en nuestra página web <http://serviciosweb.sic.gov.co/servilinea/ServiLinea/ConceptosJuridicos/Conceptos.php>.

En ese orden de ideas, esperamos haber atendido satisfactoriamente su consulta, reiterándole que la misma se expone bajo los parámetros del artículo 28 de la ley 1437 de 2011, esto es, bajo el entendido que las mismas no comprometen la responsabilidad de esta Superintendencia ni son de obligatorio cumplimiento ni ejecución.

Atentamente,

JAZMIN ROCIO SOACHA PEDRAZA
JEFE OFICINA ASESORA JURÍDICA

Elaboró: José González
Revisó: Rocío Soacha
Aprobó: Rocío Soacha

