

Bogotá D.C.,

10

Asunto: Radicación: 18-179709 -00004-0000
Trámite: 113
Evento: 0
Actuación: 440
Folios: 1

Respetado(a) Señor (a):

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

Reciba cordial saludo.

De conformidad con lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, “*por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*”, 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 la solicitud por usted radicada ante esta Entidad a través de su comunicación de fecha 11 de julio de 2018 en la cual señala:

“(…)

- 1) PARA EFECTO DE TRANSACCIONES COMERCIALES PRIMA EL DERECHO COMO CONSUMIDOR CONSAGRADO EN LA LEY 1480 DE 2011 EN RELACIÓN CON LA GARANTIA DE UN BIEN O PRODUCTO QUE SE ADQUIERA O EL DERECHO DE LA EMPRESA PRIVADA DE ABSTENERSE DE REALIZAR CUALQUIER TIPO DE NEGOCIACIÓN O PRESTAR SERVICIOS A CONSUMIDORES REPORTADOS EN LISTAS RESTRICTIVAS COMO LA LISTA CLINTON
- 2) CUAL ES EL MANEJO QUE COMO EMPRESA SE DEBE DAR A YUN CONSUMIDOR QUE APARECE EN LISTAS RESTRICTIVAS (Lista Clinton) Y QUE ACTUALMENTE MANTIENE NEGOCIOS CON LA COMPAÑÍA QUE DEVIENEN DE LA VENTA DEL BIEN Y EL SERVICIO DE MANTENIMIENTO QUE SE PRESTE CON EL FIN DE QUE LA **GARANTÍA DEL BIEN O SERVICIO SE MANTENGA**“

Cra. 13 #27 - 00 pisos 1, 3, 4, 5, 6, 7 y 10 - PBX: (571) 5870000 - contactenos@sic.gov.co - Bogotá D.C., Colombia

Señor ciudadano, para hacer seguimiento a su solicitud, la entidad le ofrece los siguientes canales:
www.sic.gov.co - Teléfono en Bogotá: 5920400 - Línea gratuita a nivel nacional: 018000 910165



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”.

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

La Superintendencia de Industria y Comercio, según lo disponen los numerales 22 al 31, 42 al 46 y 61 al 66 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, a través del cual se modificó la estructura de la Entidad, en materia de protección al consumidor, tiene entre otras las siguientes facultades:

- *Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección al consumidor.*
- *Adelantar procedimientos por violación al régimen de protección del consumidor, en ejercicio de funciones administrativas y jurisdiccionales.*
- *Imponer sanciones por violación al régimen de protección al consumidor, una vez surtida una investigación.*
- *Impartir instrucciones en materia de protección al consumidor con el fin de establecer criterios y procedimientos que faciliten el cumplimiento de las normas.*

3.1. Libertad económica y políticas empresariales

En tratándose de la libertad económica de las personas, la Constitución Política ha consagrado este derecho con una doble connotación, por una parte, en su artículo 333, consagra la libertad económica como un derecho individual radicado en cabeza de todos los ciudadanos y sometido a los límites que establezca la ley, a su vez,



mediante lo dispuesto en el artículo 88 superior se instituye como un derecho colectivo menester de protección.

En este contexto, la Corte Constitucional ha definido esta libertad como *"la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio"*¹.

En desarrollo de lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que la libertad económica se encuentra íntimamente vinculada con la libertad de empresa. Es así como, la libertad de empresa se manifiesta en la *"capacidad que posee toda persona de establecerse y de ejercer la profesión u oficio que libremente elija"*².

En concordancia, también ha señalado que *"en razón a que el contrato constituye uno de los principales instrumentos en la circulación de bienes y servicios, así como para contraer derechos y obligaciones económicas, debe entenderse que la libertad de contratación es un elemento propio de la libertad de empresa, que se encuentra protegido constitucionalmente"*³.

En este estadio es preciso recordar que, en aplicación del artículo 1 de la Constitución Política, la libertad económica, como concepto ligado a la libertad de empresa, la libre iniciativa privada y la libertad de contratación, como todos los derechos y libertades dentro del marco de un Estado Social de Derecho, no es absoluta, sino que se encuentra limitada por los derechos de los demás y por la prevalencia del interés general.

Es precisamente bajo este escenario de prerrogativas constitucionales que los empresarios se encuentran constitucionalmente revestidos de la potestad de disponer los parámetros en los cuales desarrollan su actividad económica, es decir, **sus políticas empresariales**. En esta línea, el artículo 333 de la Constitución Política reconoce que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, sin embargo, el núcleo esencial de estos derechos solo encuentra sentido bajo un marco normativo que lo delimite y regule, para los efectos, el legislador se encuentra facultado por el constituyente para establecer restricciones a la libertad del individuo en materia económica, toda vez que la Carta *"lo habilita para desarrollar y concretar la sanción o el límite frente a actividades que incumplan los parámetros básicos de conducta fijados (...)"*⁴.

En resumidas cuentas, los empresarios tienen un amplio margen de acción para definir sus políticas empresariales, no obstante, siempre teniendo en cuenta el marco axiológico de la Constitución Política, los derechos fundamentales y la normativa legal que regula y limita su actividad.

¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-624 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

² Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-524 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

³ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-535 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-624 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.



3.2. De los límites a la autonomía de la voluntad y a la libertad contractual – negativa a contratar

La autonomía de la voluntad y la libertad contractual en ejercicio de las relaciones privadas gozan de garantía constitucional, sin embargo, encuentra límite en las exigencias constitucionales del estado social de derecho. En atención al objeto de la consulta, las políticas empresariales siempre deben estar acorde con la interpretación conforme, esto es, que su texto debe ser coherente con el texto de la Carta Política, tanto en sus fines, valores, principios y derechos expuestos en la Constitución.

En consecuencia, no será legal ni constitucionalmente admisible que las políticas empresariales consignent, en ejercicio de las libertades económicas, negativas a contratar con consumidores por razones discriminatorias, esto quiere decir que el productor o proveedor solo se podrá negar a celebrar el contrato por motivos **objetivos y razonables**. Esto ha sido decantado por la Corte Constitucional Colombiana en sentencia T- 1090 de 2005. Veamos:

“Paralelo al concepto de discriminación, del cual es necesario resaltar su trascendencia constitucional por su franca incongruencia con el principio de igualdad, es necesario resaltar que la finalidad de su prohibición en la Carta es impedir que se menoscabe el ejercicio de los derechos a una o varias personas ya sea negando un beneficio o privilegio, sin que exista justificación objetiva y razonable. A su vez, tal justificación respecto de quienes se pueda originar un criterio sospechoso de diferenciación, es muchos más exigente y debería corresponder de manera estricta y rigurosa a un fin evidentemente necesario y comprender valores o principios consignados en la Constitución.

De otra manera, efectuar un trato desigual con base en alguna de dichas pautas, conlleva una vulneración general, manifiesta y arbitraria de la carta de derechos, respecto de la cual el juez constitucional debe efectuar un análisis juicioso con el objetivo de establecer sus causas y, como consecuencia, definir las medidas para corregir la irregularidad. (...)”⁵

Bajo este escenario, de fuerza se deberá concluir que, si bien, las políticas empresariales se encuentran en el fuero de la autonomía de la voluntad privada y las libertades económicas, la interpretación y disposición de estas deberá verse a la luz de una interpretación conforme a los fines, valores, principios y derechos de la Carta Política.

Por lo tanto, y atendiendo a lo dictaminado por la Corte Constitucional en sentencia T-222 de 2004, para conocer el estado de constitucionalización del asunto, el examen que corresponde a la situación bajo objeto de análisis será que: a mayor funcionalidad del concepto de igualdad formal para comprender una controversia de contratación privada, son menores las posibilidades de constitucionalizar el asunto



y, bajo dicha óptica, menor restricción a la libertad contractual y mayor aplicabilidad de las políticas empresariales.

Por su parte, el asunto de la Lista Clinton ha sido tratado por la Corte Constitucional Colombiana en sentencia T-468 de 2003, en el marco de un consumidor del sistema financiero, de la siguiente manera:

“Desde esta perspectiva, la Corte ha sostenido que la inclusión de una persona en la lista Clinton, es una causal objetiva que autoriza la imposibilidad de acceder al sistema financiero, en razón de las graves consecuencias económicas que se producirían en ese sector de aceptar u ordenar una vinculación comercial o jurídica con dichas personas y, además, en aras de garantizar el interés general de los ahorradores”⁶

Así las cosas, considera que la inclusión de una persona a la Lista Clinton es un motivo objetivo y razonable en razón a los riesgos operacionales que pueden causarse al empresario que sea forzado a la contratación.

Sin embargo, lo anterior deberá conciliarse con las consideraciones en materia de garantía legal de los productos que pasaremos a analizar:

3.3. Obligación legal de prestar garantía

La garantía es una **obligación solidaria** entre el productor y el proveedor **del orden legal**, tendiente a garantizar la calidad, idoneidad, seguridad y buen funcionamiento de los bienes y servicios puestos en circulación en el mercado.

La obligación legal de prestar garantía responde a las exigencias constitucionales del artículo 78 superior que dictamina “*La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización*”, de suyo, el adecuado aprovisionamiento de bienes y servicios es un bien protegido desde el orden constitucional.

Ahora bien, de manera meramente enunciativa, el artículo 11 de la Ley 1480 de 2011 dispone los derechos que asisten a los consumidores a título de garantía, a saber:

“Aspectos incluidos en la garantía legal. Corresponden a la garantía legal las siguientes obligaciones:

- 1. Como regla general, reparación totalmente gratuita de los defectos del bien, así como su transporte, de ser necesario, y el suministro oportuno de los repuestos. Si el bien no admite reparación, se procederá a su reposición o a la devolución del dinero.*
- 2. En caso de repetirse la falla y atendiendo a la naturaleza del bien y a las características del defecto, a elección del consumidor, se procederá a una*



nueva reparación, la devolución total o parcial del precio pagado o al cambio parcial o total del bien por otro de la misma especie, similares características o especificaciones técnicas, las cuales en ningún caso podrán ser inferiores a las del producto que dio lugar a la garantía.

3. En los casos de prestación de servicios, cuando haya incumplimiento se procederá, a elección del consumidor, a la prestación del servicio en las condiciones en que fue contratado o a la devolución del precio pagado.

4. Suministrar las instrucciones para la instalación, mantenimiento y utilización de los productos de acuerdo con la naturaleza de estos.

5. Disponer de asistencia técnica para la instalación, mantenimiento de los productos y su utilización, de acuerdo con la naturaleza de estos. La asistencia técnica podrá tener un costo adicional al precio.

6. La entrega material del producto y, de ser el caso, el registro correspondiente en forma oportuna.

7. Contar con la disponibilidad de repuestos, partes, insumos, y mano de obra capacitada, aun después de vencida la garantía, por el término establecido por la autoridad competente, y a falta de este, el anunciado por el productor. En caso de que no se haya anunciado el término de disponibilidad de repuestos, partes, insumos y mano de obra capacitada, sin perjuicio de las sanciones correspondientes por información insuficiente, será el de las condiciones ordinarias y habituales del mercado para productos similares. Los costos a los que se refiere este numeral serán asumidos por el consumidor, sin perjuicio de lo señalado en el numeral 1 del presente artículo.

8. Las partes, insumos, accesorios o componentes adheridos a los bienes inmuebles que deban ser cambiados por efectividad de garantía, podrán ser de igual o mejor calidad, sin embargo, no necesariamente idénticos a los originalmente instalados.

9. En los casos de prestación de servicios que suponen la entrega de un bien, repararlo, sustituirlo por otro de las mismas características, o pagar su equivalente en dinero en caso de destrucción parcial o total causada con ocasión del servicio defectuoso. Para los efectos de este numeral, el valor del bien se determinará según sus características, estado y uso.

Parágrafo. El Gobierno Nacional, dentro de los seis meses siguientes a la expedición de esta ley, se encargará de reglamentar la forma de operar de la garantía legal. La reglamentación del Gobierno, no suspende la aplicación de lo dispuesto en la presente ley”

Bajo este escenario, la obligación de prestar garantía es un mandato de obligatorio cumplimiento que emana de la ley y, así mismo, el artículo 16 de la Ley 1480 de 2011 consagra **las únicas causales por las cuales los sujetos obligados pueden exonerarse de prestar garantía, veamos:**

“Exoneración de responsabilidad de la garantía. El productor o proveedor se exonerará de la responsabilidad que se deriva de la garantía, cuando demuestre que el defecto proviene de:

- 1. Fuerza mayor o caso fortuito;*
- 2. El hecho de un tercero;*
- 3. El uso indebido del bien por parte del consumidor, y*



4. Que el consumidor no atendió las instrucciones de instalación, uso o mantenimiento indicadas en el manual del producto y en la garantía. El contenido del manual de instrucciones deberá estar acorde con la complejidad del producto. Esta causal no podrá ser alegada si no se ha suministrado manual de instrucciones de instalación, uso o mantenimiento en idioma castellano.

Parágrafo. En todo caso el productor o expendedor que alegue la causal de exoneración deberá demostrar el nexo causal entre esta y el defecto del bien”

En consecuencia, quienes estén en la cadena de comercialización y producción tendrán la obligación de prestar garantía y, desde el marco legal colombiano, solo podrán exonerarse por las causas extrañas que están consagradas en el artículo arriba transcrito.

4. CONSIDERACIONES FINALES EN TORNO A LA CONSULTA PRESENTADA

En línea con lo anterior, y teniendo en cuenta que a este punto se ha logrado la exposición de las consideraciones de orden constitucional, legal y jurisprudencial, en el marco de los interrogantes planteados en la solicitud formulada, nos permitimos manifestar.

- En primera medida, es claro que NO es competencia de esta Oficina entrar a determinar la validez jurídica de situaciones de carácter particular. Así las cosas, a efectos de determinar si los hechos expuestos en su consulta constituyen una vulneración al régimen de protección al consumidor podrá, si así lo desea, seguir los parámetros generales fijados en este documento.
- La libertades económicas, entre ellas la libertad de contratación, se encuentran protegidas constitucionalmente por lo conocido por la jurisprudencia constitucional como la “constitución económica”.
- En virtud a lo anterior, los empresarios tienen amplio margen para definir las políticas empresariales mediante las cuales ejercerán su actividad económica. Sin embargo, estos derechos no son absolutos y encuentran sus límites en la interpretación conforme de todos los actos, contratos y normas frente a los fines, valores, principios y derechos de la Carta Política.
- En atención a lo dictaminado por la Corte Constitucional Colombiana en sentencia T-1090 de 2005, no es constitucionalmente aceptable que frente a las políticas empresariales de atención y contratación con el consumidor, se rehúse el productor/proveedor a contratar sin un motivo objetivo y razonable.
- Tratándose de la Lista Clinton es importante señalar que carece de fuerza normativa en el territorio nacional, siendo esta una resolución extranjera. No obstante, la Corte Constitucional ha considerado la inclusión de una persona a la Lista Clinton como un motivo objetivo y razonable para la negativa a contratar en el sistema financiero, por considerar que existe un riesgo operacional que puede ser sistémico.
- Por otra parte, la Ley 1480 de 2011 dispone que será obligación solidaria de los productores y proveedores garantizar la seguridad, calidad, idoneidad y



buen funcionamiento de los productos que pongan en circulación en el mercado.

- Así mismo, la responsabilidad por la garantía es de aquellas sin culpa, es decir, el empresario solo podrá exonerarse probando una causa extraña de las consagradas en el artículo 16 del Estatuto del Consumidor.
- De ahí que la efectividad de la garantía es una exigencia legal y, en principio, los empresarios involucrados en la cadena de producción y distribución están obligados a su cumplimiento en los términos de la ley.
- Ahora bien, se reitera que las situaciones de carácter particular como la planteada en su consulta, solo podrán ser dirimidas mediante una decisión judicial respetuosa del debido proceso y demás garantías constitucionales.

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://www.sic.gov.co/Doctrina-1>

En la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Industria y Comercio estamos comprometidos con nuestros usuarios para hacer de la atención una experiencia de calidad. Por tal razón le invitamos a evaluar nuestra gestión a través del siguiente hipervínculo: <http://www.encuestar.com.co/index.php/2100?lang=esQ>

En ese orden de ideas, esperamos haber atendido satisfactoriamente su consulta, reiterándole que la misma se expone bajo los parámetros del artículo 14 de la ley 1755 de 2015, 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: Andrés A Ortiz V
Revisó: Jazmín Rocío Soacha
Aprobó: Jazmín Rocío Soacha

