

Bogotá D.C.,

10

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO	
RAD: 16-057729- -00004-0000	Fecha: 2016-04-15 15:08:20
DEP: 10 OFICINAJURIDICA	
TRA: 113 DP-CONSULTAS	EVE: SIN EVENTO
ACT: 440 RESPUESTA	Folios: 1

Señora
ALEXANDRA LOZADA
lozadaalexa@gmail.com

Asunto: Radicación: 16-057729- -00004-0000
Trámite: 113
Evento: 0
Actuación: 440
Folios: 1

Estimado(a) Señora:

Con el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, damos respuesta a su consulta radicada en esta Entidad con el número que se indica en el asunto, en los siguientes términos:

1. Objeto de la consulta

En su escrito consulta:

“Solicito amablemente información sobre la multa por retiro a una opción de compra que puede cobrar las constructoras (sic) en Colombia.”

A continuación nos permitimos suministrarle información relevante en relación con el tema de la consulta, con el fin de brindarle mayores elementos de juicio al respecto.

2. De los contratos “de adhesión” o “por adhesión”.

Por lo general, la celebración de un contrato, cualquiera que este sea, implica una discusión previa de las partes en relación con las cláusulas que lo integran, sin embargo, existen contratos en los que dicha discusión no se lleva a cabo, puesto que en este evento, es la empresa que ofrece el bien o el servicio quien determina las condiciones sin que el usuario tenga lugar a discutirlos, éstos son los denominados contratos de adhesión. En este tipo de negocios la parte que aprueba el texto de las cláusulas redactadas por la otra no interviene en la discusión del contenido contractual y el vínculo jurídico se establece por el simple acto de aceptación o adhesión al esquema predeterminado unilateralmente.

El tema es regulado por el artículo 37 de la Ley 1480 de 2011 en los siguientes términos:

“CONDICIONES NEGOCIALES GENERALES Y DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN. Las Condiciones Negociales Generales y de los contratos de adhesión

deberán cumplir como mínimo los siguientes requisitos:

“1. Haber informado suficiente, anticipada y expresamente al adherente sobre la existencia efectos y alcance de las condiciones generales. En los contratos se utilizará el idioma castellano.

“2. Las condiciones generales del contrato deben ser concretas, claras y completas.

“3. En los contratos escritos, los caracteres deberán ser legibles a simple vista y no incluir espacios en blanco, En los contratos de seguros, el asegurador hará entrega anticipada del clausulado al tomador, explicándole el contenido de la cobertura, de las exclusiones y de las garantías.

“Serán ineficaces y se tendrán por no escritas las condiciones generales de los contratos de adhesión que no reúnan los requisitos señalados en este artículo.”

Es de anotar, entonces, que toda venta de productos o servicios obliga al productor o proveedor a brindar al consumidor una información veraz, anterior, suficiente y expresa sobre el bien comercializado. Es así como en la comercialización de cualquier tipo bien o servicio, se deberá respetar lo establecido por el estatuto del consumidor, el cual señala que toda la información que se dé al consumidor sobre las propiedades de los servicios ofrecidos deberá ser veraz, suficiente y no inducir a error, entre otras.

Igualmente, existe una prohibición en relación con estos contratos, tal y como lo contiene el artículo 38 de la Ley 1480 de 2011:

“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.

Como puede verse, no existe una prohibición en relación con las cláusulas de renovación automática, sino que la ley lo que ha hecho es regularlas, protegiendo a los consumidores, previniendo las consecuencias del desequilibrio que existe en las relaciones de consumo entre el consumidor y los proveedores y/o productores.

3. Cláusula abusivas

Igualmente, como no es posible manifestarse sobre el clausulado mediante concepto, a continuación encontrará información en relación con las cláusulas abusivas.

La citada Ley 1480 de 2011, en el artículo 42, contiene una prohibición de carácter general respecto de cláusulas que son consideradas como abusivas.

“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.

A continuación, en el artículo 43 enuncia las cláusulas que son consideradas como abusivas y, en consecuencia, ineficaces:

“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;

“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.

Lo anterior deberá ser tenido 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.

En el evento en que se incluyan cláusulas consideradas como abusivas, el consumidor podrá acudir, acorde con lo dispuestos por el artículo 56 de la ley 1480, ante los jueces de la República o ante la Superintendencia de Industria y Comercio, presentando demanda para hacer valer sus derechos.

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 (...)”

A su vez, 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.

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

4. 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. (...)” (Rodríguez Yong, Camilo Andrés, Una Aproximación a las Cláusulas Abusivas, Legis-Universidad del Rosario, primera edición, 2013, páginas 67 a 69.)

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

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

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

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 declaren.

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.

5. 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.

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.” (Tomado de <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/notasJurisprudencia/servicios/practicasConsumo/7.pdf>)

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 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 indemnizaciones a que hubiere lugar.

6. 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.

“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.

7. 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.

Si requiere mayor información sobre el desarrollo de nuestras funciones y sobre las normas objeto de aplicación por parte de esta Entidad, puede consultar nuestra página de internet www.sic.gov.co.

Atentamente,

JAZMIN ROCIO SOACHA PEDRAZA
JEFE OFICINA ASESORA JURÍDICA (C)

Al contestar favor indique el número de radicación consignado en el sticker

Sede Centro: Carrera 13 No. 27-00 Pisos 1, 3, 5, 7 y 10
Call Center(571) 592 04 00. Línea gratuita Nacional 01800-910165
Web: www.sic.gov.co e-mail: contactenos@sic.gov.co
Bogotá D.C. - Colombia

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