

Bogotá D.C.,

10

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO	
RAD: 12-130036- -00001-0000	Fecha: 2012-08-30 09:56:08
DEP: 10 OFICINAJURIDICA	
TRA: 113 DP-CONSULTAS	EVE: SIN EVENTO
ACT: 440 RESPUESTA	Folios: 1

Señor
JEIRO LUIS HERRERA JIMENEZ
jeiroherrera@gmail.com

Asunto: Radicación: 12-130036- -00001-0000
Trámite: 113
Evento: 0
Actuación: 440
Folios: 1

Estimado(a) Señor:

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 manifiesta:

“Compré un artículo en oferta en el almacén..., dicho artículo no es la talla que necesito. Intenté cambiarlo por otra talla más grande, la administradora del almacén me dijo que por ser un artículo en promoción no podía cambiarlo, que esa era la política del almacén, mis consultas son las siguientes: ¿en este caso el almacén tiene la razón? ¿Qué medidas puedo tomar y ante quien?”

Sea lo primero indicarle que no es posible para esta Oficina pronunciarse por medio de un concepto sobre situaciones de carácter particular.

Sin embargo, a continuación encontrará una respuesta lo más completa posible y referida de manera concreta a las atribuciones de la Superintendencia de Industria y Comercio.

2. Devoluciones no relacionadas con la garantía

El artículo 333 de la Constitución Política consagra la libertad económica como un derecho radicado en cabeza de todos los ciudadanos y sometido a los límites que establezca la ley. En desarrollo de dicho precepto, la Corte Constitucional (sentencia C-624 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero) 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.”

De este modo, la jurisprudencia ha señalado que la libertad económica se encuentra íntimamente vinculada con la libertad de empresa y la libre competencia y ha explicado que 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” (Corte Constitucional, sentencia C-524 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz.), mientras que la libre competencia se traduce en “la contienda de empresarios que emplean diversos medios tendientes a obtener determinados fines económicos y a consolidar y fortalecer sus empresas mediante la atracción y conservación de la clientela” (Gaceta del Congreso, 9 de septiembre de 1994, exposición de motivos “Proyecto de ley por el cual se dictan normas sobre competencia desleal.”).

Adicionalmente, ha precisado 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.” (Corte Constitucional, sentencia C-535 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.)

Sin perjuicio de lo anterior es preciso señalar que la libertad de contratación, al igual que 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; de este modo, el derecho a la competencia y las normas sobre protección de los consumidores constituyen un límite para el ejercicio de estas libertades de índole económico. Por lo tanto, los agentes económicos no se encuentran legitimados para actuar de forma arbitraria en el mercado, sino que deben respetar las reglas que el legislador haya señalado en aras de proteger tanto a la libre y leal competencia como a los consumidores, las cuales están contenidas en las normas sobre protección de los consumidores y de la competencia.

En relación con su consulta, tenga en cuenta que, por regla general, todos los actores del mercado son libres para determinar el contenido, alcance, condiciones y modalidades de sus actos jurídicos, de acuerdo con el principio de autonomía de la voluntad privada al cual se refiere el artículo 1602 del Código Civil, siempre y cuando no contravengan normas de orden público, entre otras, las relacionadas con la libre y leal competencia y con la protección de los consumidores. En consecuencia, las políticas de devoluciones cuando no estén relacionadas con temas de garantías (falta de calidad o idoneidad del bien o servicio), serán de resorte exclusivo de los proveedores de bienes y servicios en el mercado.

Dichos cambios de mercancía no relacionados con la garantía estarán condicionados a la voluntad de quien provee el bien o servicio o al acuerdo previo entre las partes integrantes de la relación de consumo al respecto y su desarrollo no es competencia de esta Superintendencia.

3. Cambios por garantía

La Ley 1480 de 2011, llamado Estatuto de Protección del Consumidor, regula, entre otros aspectos, las materias relacionadas con la idoneidad, la calidad y las garantías de los productos y servicios, en general, y la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores frente a las mismas.

El artículo 5 de la citada Ley 3466 define garantía como la “[o]bligación temporal, solidaria a cargo del productor y el proveedor, de responder por el buen estado del producto y la conformidad del mismo con las condiciones de idoneidad, calidad y seguridad legalmente exigibles o las ofrecidas. La garantía legal no tendrá contraprestación adicional al precio del producto”.

De acuerdo con el artículo 7, la garantía legal es:

“Es la obligación, en los términos de esta ley, a cargo de todo productor y/o proveedor de responder por la calidad, idoneidad, seguridad y el buen estado y funcionamiento de los productos.

“En la prestación de servicios en el que el prestador tiene una obligación de medio, la garantía está dada, no por el resultado, sino por las condiciones de calidad en la prestación del servicio, según las condiciones establecidas en normas de carácter obligatorio, en las ofrecidas o en las ordinarias y habituales del mercado.”

Consagra igualmente que “[l]a entrega o distribución de productos con descuento, rebaja o con carácter promocional está sujeta a las reglas contenidas en la presente ley”. Esto significa que la protección de la ley también abarca los productos en promoción.

Siempre que se presenten fallas o daños relacionados con las condiciones de calidad, idoneidad y seguridad, las cuales deben estar garantizadas, en relación con los productos (bienes o servicios) adquiridos, el consumidor afectado podrá solicitar directamente ante el proveedor o distribuidor o ante el productor del bien o servicio respectivo la efectividad de la garantía correspondiente, esto es, que se cumplan las condiciones de calidad e idoneidad ofrecidas por el productor, distribuidor o expendedor, al proponer la prestación del servicio o la adquisición del bien.

En virtud del artículo 11, ejúsdem, se establece que las garantías otorgadas por el productor, proveedor o expendedor, se extienden al suministro de los repuestos necesarios para la reparación y la asistencia técnica indispensable para su utilización, sin costo alguno para el consumidor durante el término de vigencia de la garantía, y a costa suya una vez vencido aquél.

De la misma forma, en el evento de existir repetición de la falla, el consumidor podrá optar ante el proveedor o productor, por una nueva reparación, cambio del bien parcial o total o la devolución del dinero pagado por el producto.

“ARTÍCULO 11. 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.”

En consecuencia, de conformidad con lo expuesto, mientras las garantías referidas a las condiciones de calidad, idoneidad y seguridad de un producto se encuentren vigentes, no le es permitido al productor, proveedor o expendedor cobrar suma alguna al consumidor por los siguientes conceptos: a) La asistencia técnica que sea indispensable prestar para hacer posible la utilización del producto; y b) Por los gastos y costos que implique la reparación del bien por fallas de calidad e idoneidad, incluidos los repuestos y el transporte del bien para su reparación y posterior devolución al consumidor, en los casos en que la naturaleza del bien permita su reparación sin alterar su esencia (calidad e idoneidad).

De cualquier manera, cada caso debe ser considerado de manera particular, a efectos de determinar el alcance de la garantía y las circunstancias de tiempo, modo y lugar que

hacen parte del mismo, lo cual será de examen de la autoridad que conozca del asunto.

4. Devoluciones con ocasión del retracto

La Ley 1480 de 2011, en su artículo 5 de “definiciones”, numeral 15, precisa que se consideran ventas que utilizan métodos no tradicionales en los siguientes términos:

“Ventas con utilización de métodos no tradicionales: Son aquellas que se celebran sin que el consumidor las haya buscado, tales como las que se hacen en el lugar de residencia del consumidor o por fuera del establecimiento de comercio. Se entenderá por tales, entre otras, las ofertas realizadas y aceptadas personalmente en el lugar de residencia del consumidor, en las que el consumidor es abordado por quien le ofrece los productos de forma intempestiva por fuera del establecimiento de comercio o es llevado a escenarios dispuestos especialmente para aminorar su capacidad de discernimiento.

Y, a continuación, en el numeral 16, define que deben ser consideradas como “ventas a distancia”:

“Ventas a distancia: Son las realizadas sin que el consumidor tenga contacto directo con el producto que adquiere, que se dan por medios, tales como correo, teléfono, catálogo o vía comercio electrónico.”

Aquí es necesario tener en cuenta qué es comercio electrónico y al efecto el Artículo 2 de la Ley 527 del 18 de agosto de 1999, mejor conocida como la Ley de Comercio Electrónico, define el comercio electrónico como: “(...) las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar. Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las siguientes operaciones: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; todo tipo de operaciones financieras, bursátiles y de seguros; de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera;” .

Esto nos lleva a concluir que las ventas por internet, en la medida en que encajen dentro la definición legal, se consideran “ventas a distancia”, en consecuencia serán motivo de tutela por parte de esta Superintendencia, en los términos de la Ley 1480 de 2011.

Sobre el derecho de retracto en las ventas que utilizan métodos no tradicionales o a distancia, el artículo 47 de la varias veces citada Ley 1480 de 2011 ha establecido:

“ARTÍCULO 47. RETRACTO. En todos los contratos para la venta de bienes y prestación de servicios mediante sistemas de financiación otorgada por el productor o proveedor, venta de tiempos compartidos o ventas que utilizan métodos no tradicionales o a distancia, que por su naturaleza no deban consumirse o no hayan comenzado a

ejecutarse antes de cinco (5) días, se entenderá pactado el derecho de retracto por parte del consumidor. En el evento en que se haga uso de la facultad de retracto, se resolverá el contrato y se deberá reintegrar el dinero que el consumidor hubiese pagado.

El retracto, en opinión de esta Oficina, consiste en la facultad de arrepentimiento del consumidor, sin consideración a asuntos relacionados con las garantías, sino con la libertad de eliminar la motivación de compra. Es una protección que se da para algunos tipos de compras, por ser tan particulares y donde el consumidor, por regla general, no tiene contacto directo con el producto o con el proveedor del mismo.

La facultad de retractación se entiende pactada en los contratos que utilizan medios no tradicionales y en los contratos a distancia, con la condición que los bienes por su naturaleza no deban consumirse o contratos de prestación de servicios que no hayan comenzado a ejecutarse antes de 5 días, evento en el cual se procederá a la resolución del contrato y a la devolución del dinero pagado por el consumidor.

También aplica para las relaciones de consumo donde el vendedor otorga financiación, así como en las ventas de tiempo compartido.

El mismo artículo establece la obligación del consumidor de devolver el producto al productor o proveedor en las mismas condiciones en que lo recibió y empleando los mismos medios. Los costos que se ocasionen con el transporte y cualquier otro relacionado con la devolución del bien serán por cuenta del consumidor.

El plazo máximo para hacer efectivo el derecho de retracto será de 5 días, los cuales se cuentan desde la entrega efectiva del bien o desde la celebración del contrato, tratándose de contratos de prestación de servicios.

Las excepciones que contempla la ley en relación con la facultad de retracto están contenidas en el mismo artículo, en los siguientes términos:

“Se exceptúan del derecho de retracto, los siguientes casos:

“1. En los contratos de prestación de servicios cuya prestación haya comenzado con el acuerdo del consumidor;

“2. En los contratos de suministro de bienes o servicios cuyo precio esté sujeto a fluctuaciones de coeficientes del mercado financiero que el productor no pueda controlar;

“3. En los contratos de suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor o claramente personalizados;

“4. En los contratos de suministro de bienes que, por su naturaleza, no puedan ser devueltos o puedan deteriorarse o caducar con rapidez;

“5. En los contratos de servicios de apuestas y loterías;

“6. En los contratos de adquisición de bienes perecederos;

“7. En los contratos de adquisición de bienes de uso personal.”

Manifestada la voluntad de retracto del consumidor, siendo ésta procedente, el

proveedor tendrá que retornarle en dinero todas las sumas pagadas y no podrá hacer descuentos o retenciones por concepto alguno. En ningún caso la devolución podrá exceder de treinta (30) días calendario desde el momento en que el consumidor ejerció el derecho.

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,

WILLIAM ANTONIO BURGOS DURANGO
Jefe Asesor de la Oficina Jurídica