



Revista de
Derecho
Privado

**CARACTERIZACIÓN DEL DERECHO
DE RETRACTO EN COLOMBIA**

MARINÉ LINARES DÍAZ

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.57.2017.11>

Universidad de los Andes
Facultad de Derecho
Rev. derecho priv. No. 57
enero - junio de 2017. e-ISSN 1909-7794

Caracterización del derecho de retracto en Colombia

Resumen

El trabajo analizó cada uno de los elementos que integran el derecho de retracto previsto en el Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011) y los antecedentes de la figura consagrados en el Decreto 3466 de 1982. En este sentido estudió sus requisitos, el término para su ejercicio, los efectos para consumidores y empresarios y, finalmente, las facultades que tienen las autoridades administrativas para su protección.

Palabras clave: derecho de retracto, desistimiento, derechos del consumidor, regulación del derecho del consumo, Superintendencia de Industria y Comercio.

Characterization of the withdrawal right in Colombia

Abstract

The purpose of this paper is to analyze the withdrawal right established in the Consumer Protection Law and its previous regulation, Decree 3466 of 1982. For this matter, we will examine its requisites, the period to exercise this right, the different effects on consumers and businesspersons, and finally the powers that the authorities have to enforce this right.

Keywords: Withdrawal right, Consumer Protection Law, Consumer Rights, Superintendence of Industry and Commerce.

Caracterización del derecho de retracto en Colombia^{*1}

MARINÉ LINARES DÍAZ²

SUMARIO

Introducción – I. ANTECEDENTES: DECRETO 3466 DE 1982 – II. CONCEPTO DE RETRACTO EN LA LEY 1480 DE 2011 – III. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE RETRACTO DE ACUERDO CON EL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR – A. *Es un derecho exclusivo del consumidor* – B. *Limitado a ciertas operaciones de consumo* – C. *Es de carácter temporal* – D. *No es universal* – E. *Es irrenunciable* – F. *No requiere expresión de la causa* – G. *Es una Institución diferenciada e independiente* – H. *Su efecto es la resolución del contrato* – IV. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO – A. *Administrativas* – B. *Jurisdiccionales* – V. CONCLUSIONES – Referencias.

* Cómo citar este artículo: Linares Díaz, M. (Junio, 2017). Caracterización del derecho de retracto en Colombia. *Revista de Derecho Privado*, (57). Universidad de los Andes (Colombia). <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.57.2017.11>

1. Este artículo corresponde a un capítulo de la monografía de grado presentada como requisito para obtener el título de Magíster en Derecho con énfasis en Derecho Económico, en la Universidad Externado de Colombia, el 2 de noviembre de 2014.
2. Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho de la Competencia y del Consumo y magíster en Derecho con énfasis en Derecho Económico de la misma Universidad. Actualmente es docente investigadora en temas de Derecho de la Competencia y del Consumo en la Universidad Externado de Colombia. Correo: marine.linares@uexternado.edu.co

Introducción

La consagración del derecho de retracto en la Ley 1480 de 2011 o Estatuto del Consumidor no resulta novedosa. El Decreto 3466 de 1982 contemplaba dicha figura jurídica aunque con ciertas diferencias tanto en las modalidades contractuales en las que resulta admisible como en el procedimiento para hacerlo efectivo. Un aspecto que resulta de la mayor importancia para la evolución de la figura jurídica es el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante Superintendencia), en asuntos relacionados con la protección contractual a los consumidores, donde justamente se ubica el derecho de retracto, en tanto que, antes del 2011 tan solo contaba con facultades administrativas para conocer de estos asuntos.

Aun cuando dichos cambios deben verse reflejados en la forma como se analiza la casuística relacionada con el tema, se evidencia que no ocurre en todos los casos. Como se verá, aun cuando el derecho de retracto es una figura independiente de otras que hacen parte del sistema de protección al consumidor, en el análisis casuístico se acude a otros elementos jurídicos que la desdibujan y que pretenden dejar de lado los principios que la gobiernan y la hacen individual e independiente de otras existentes, aun cuando puedan tener alguna relación y puntos de contacto con aquellas.

En este contexto, el presente trabajo se ocupa de analizar el concepto del derecho de retracto y la doctrina imperante en la Superintenden-

cia de Industria y Comercio bajo la vigencia del Decreto 3466 de 1982. Posteriormente se analiza, a partir de la disposición legal y de los conceptos de dicha Superintendencia, la definición imperante desde el año 2011, y con base en su concepción se realiza un ejercicio de caracterización, en donde se precisan todos los aspectos a tener en cuenta a la hora de analizar la figura jurídica, teniendo como referencia sus conceptos y decisiones.

Finalmente, se presentan unas conclusiones en las que se hace énfasis en la pertinencia de tener como sustento las características del derecho de retracto para analizarlo bajo la perspectiva de la protección contractual y no de otras figuras jurídicas del sistema de protección al consumidor.

I. ANTECEDENTES: DECRETO 3466 DE 1982

La figura del retracto en el derecho del consumo no resulta novedosa. El derogado Decreto 3466 de 1982 (art. 41) establecía:

En todos los contratos para la venta de bienes y prestación de servicios mediante sistemas de financiación, excepción hecha de los relativos a alimentos, vestuario, drogas, atención hospitalaria y educativa, se entenderá pactada la facultad de retractación de cualquiera de las partes, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a su celebración. En el evento en que una cualquiera de las partes haga uso de la facultad de retractación se re-

solverá el contrato y, por consiguiente, las partes restablecerán los casos al estado en que se encontraban antes de su celebración. La facultad de retractación es irrenunciable.

Al respecto de esta disposición jurídica, la Superintendencia mediante conceptos proferidos entre el año 2007 y 2008 estableció los siguientes parámetros de aplicación de la figura:

1. La facultad de retracto es asimilada al desistimiento.
2. Procede solo en los casos en los cuales la financiación es ofrecida por parte del vendedor.
3. La solicitud debe formularse dentro de los dos días siguientes a la celebración del contrato.
4. Vencido el término no hay lugar a ejercer tal facultad, salvo que las partes expresamente hayan pactado algo diferente.
5. En tanto que la norma no establece procedimiento a seguir, el consumidor debe poner en conocimiento por cualquier medio al vendedor el ejercicio del derecho, en el término señalado en la norma.
6. En ningún caso resulta procedente respecto de las excepciones planteadas en el artículo 41 señalado. (Superintendencia de Industria y Comercio [SIC], conceptos 07024076/07, 0792352/07, 07130086/08, 07137342/08).

En adición, tanto el retracto en sí mismo entendido como arrepentimiento y el carácter de irrenunciable que le ofrece la disposición legal, implica una limitación a la autonomía de la voluntad de los contratantes. De acuerdo con el Código Civil (art. 1602): “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

Por su parte, la Corte Constitucional ha reconocido que la autonomía de la voluntad privada se constituye en la facultad que por ley tienen las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante, lo que les permite crear derechos y obligaciones para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación, teniendo en cuenta los límites generales del orden público y las buenas costumbres (C-934/2013, N. Pinilla).

Ahora bien, siguiendo la doctrina de la Corte Constitucional, dicha autonomía se manifiesta (i) en la existencia de libertad contractual sujeta a especiales restricciones;³ (ii) en su finalidad, por cuanto la autonomía de la voluntad y la libertad contractual persiguen tanto intereses particulares y públicos como de bienestar común; (iii) en la intervención del Estado para controlar la producción de efectos jurídicos o económicos para evitar el abuso del derecho; (iv) en el rol del juez que procura velar por la efectiva protección de los derechos de las partes sin atender exclusivamente la intención de

3. Teniendo en cuenta si están involucrados derechos fundamentales, servicios públicos, si alguna de las partes tiene posición dominante o si se trata de una práctica restrictiva de la competencia.

los contratantes (C-186/2011, H. Sierra) y en la irrenunciabilidad de los derechos, que se refiere a que no son materia de negociación o de discusión (T- 592/2009, J. Palacio)

Con todo ello, en la consecución de relaciones de consumo, empresarios y consumidores tienen ciertas limitaciones que emanan de la ley, y aun cuando voluntariamente quisieran eliminar o reducir el alcance del derecho de retracto no podrían hacerlo dado que la disposición legal limita su voluntad. Dicha limitación encuentra justificación en la posición asimétrica de los consumidores frente a los productores y expendedores, y en la protección misma que dicha posición demanda.

Respecto a lo anterior, la Corte Constitucional en la Sentencia C-1141/2000 (E. Cifuentes) indicó:

La Constitución ordena la existencia de un campo de protección en favor del consumidor, inspirado en el propósito de restablecer su igualdad frente a los productores y distribuidores, dada la asimetría real en que se desenvuelve la persona que acude al mercado en pos de la satisfacción de sus necesidades humanas.

Adicionalmente, en dicho fallo indicó que si bien la Carta Política no precisa los supuestos específicos de protección, serán la ley, los reglamentos y el contrato, los que se deben ocupar del asunto. Así mismo, alude que serán las normas jurídicas las que deberán precisar el contenido y alcance de los derechos partiendo de las premisas constitucionales, y aclara

que la fuente contractual debe interpretarse de conformidad con los principios tuitivos del consumidor plasmados en la Constitución.

Ahora bien, nótese que el Decreto 3466 de 1982 (art. 41) determina que “se entenderá pactada la facultad de retractación de cualquiera de las partes”. En este contexto, el derecho de retracto no solo era una facultad para el consumidor sino también para el productor o expendedor, lo cual se colige de la expresión “cualquiera de las partes”, que hace referencia a los extremos participantes de la relación de consumo. En la casuística no se encontró evidencia en donde el productor o expendedor haya hecho uso del retracto en los términos previstos en el derogado Estatuto de Protección al Consumidor.

Por su parte, la Circular Única de la Superintendencia (C. Título II, Capítulo 3, numeral 3.11) contempla la facultad de retractación de los consumidores reiterando las excepciones ya indicadas y el término de dos días, empero, respecto del plazo precisa que se ejerce “dentro de los dos días hábiles siguientes a la entrega del bien”.

En este aspecto existía una incongruencia entre el decreto ley y la instrucción: el Decreto 3466 de 1982 indicaba que el término se contabilizaba a partir de la celebración del contrato, mientras que la instrucción señala que se contabiliza a partir de la entrega del bien. En la práctica puede ocurrir que la celebración del contrato y la entrega del bien sucedan en momentos distintos, lo que pudo originar problemas a la hora de determinar el momento en el que procede la figura.

No obstante, en la práctica esta circunstancia no significó un problema para la Superintendencia a la hora de aplicar las disposiciones. De hecho, llama la atención que durante los casi treinta años de vigencia del Decreto 3466 de 1982 se produjeron tan solo ocho decisiones en relación con el derecho de retracto.⁴

Para efecto de analizar los casos que se presentaron en materia de derecho de retracto, es menester precisar las funciones de la Superintendencia al respecto:

El Decreto 3466 de 1982 determinó que la Superintendencia era la autoridad administrativa competente en relación con todas las decisiones y procedimientos administrativos a que se refería la norma (art. 42). Así mismo, le asignó la función de ejercer control y vigilancia sobre las personas naturales o jurídicas que vendan o presten servicios mediante sistemas de financiación, e imponerles en caso de violación de las normas previstas en el decreto, o de las expedidas por la Superintendencia, multas hasta de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes (art. 43).

En adición, el Decreto 2153 de 1992 preveía como función general de la Superintendencia la de velar por la observancia de las disposiciones de protección al consumidor, cuya competencia no estuviera asignada a otra autori-

dad (art. 2.4), lo que también hizo el derogado Decreto 3523 de 2009 (art. 1.14). Hasta aquí tenemos, sin lugar a ninguna discusión, que la Superintendencia contaba con facultades administrativas en asuntos relacionados con el derecho de retracto, lo que le permitía imponer sanciones administrativas.

No obstante, revisando nuevamente el Decreto 3466 de 1982, se encuentra que en art. 41 determina: “En el evento en que una cualquiera de las partes haga uso de la facultad de retractación se *resolverá el contrato* y, por consiguiente, *las partes restablecerán los casos al estado en que se encontraban antes de su celebración*” [cursivas fuera de texto]. Al respecto se pueden tener dos posturas: la primera, encaminada a que mientras la consecuencia del ejercicio del derecho de retracto es la resolución del contrato y el restablecimiento de las cosas al estado anterior, la Superintendencia, en ejercicio de su facultad de policía, podría impartir órdenes administrativas materializando el alcance previsto en dicha norma. La segunda, referida a que solo podría imponer sanciones administrativas por cuanto las facultades conferidas por el Decreto 3466 de 1982 y el Decreto 2153 de 1992 solo prescribían tal consecuencia.

Sin embargo, la postura que se debe adoptar es la segunda, por cuanto la Constitución Política (art. 6) prevé: “Los particulares solo son

4. Según consulta realizada mediante derecho de petición presentado a la Superintendencia de Industria y Comercio, el día 26 de mayo de 2014, radicado No. 14-113816, y contestado por el Grupo de Trabajo de Supervisión Empresarial y Seguridad de Producto el 16 de junio de 2014 bajo la misma referencia. La consulta fue la siguiente: número y datos de identificación (resoluciones o sentencias) de asuntos administrativos y jurisdiccionales en los cuales exista pronunciamiento en relación con el derecho de retracto contemplado en el artículo 41 del Decreto 3466 de 1982.

responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. *Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones*” [cursivas fuera de texto]. Por lo anterior, se concluye que los servidores públicos solo pueden hacer lo que las normas jurídicas les autorizan.

Al respecto la Corte Constitucional (C-337/1993, V. Naranjo) señaló:

El principio según el cual a los particulares se confiere un amplio margen de iniciativa, al paso que los servidores públicos deben ceñirse estrictamente a lo autorizado por la Constitución y la ley, está recogido en el texto constitucional en su artículo 6. Es a todas luces contrario al principio, suponer que al no estar algo expresamente prohibido, bien sea para el legislativo, o para cualquiera otra rama del poder público, sus integrantes pueden hacerlo, porque esta prerrogativa es exclusiva de los particulares. Los servidores públicos tan solo pueden realizar los actos previstos por la Constitución, las leyes o los reglamentos, y no pueden, bajo ningún pretexto, improvisar funciones ajenas a su competencia. Esto, como una garantía que la sociedad civil tiene contra el abuso del poder por parte de aquellos servidores. [Cursivas en el original, subrayas añadidas].

Siendo así, y teniendo en cuenta que la Superintendencia en casos de derecho de retracto estaba facultada solamente para imponer sanciones administrativas, no podría adoptar órdenes relacionadas con la resolución del contrato o devolver las cosas al estado anterior.

Ahora bien, con la expedición de la Ley 446 de 1998 (art. 145), la Superintendencia fue dotada de facultades jurisdiccionales particularmente para los siguientes asuntos: (i) cese y difusión correctiva de mensajes publicitarios que contengan información engañosa, (ii) efectividad de la garantía, (iii) suspensión de comercialización de productos cuando se tengan indicios graves de que se atenta contra la vida o la seguridad de los consumidores y (iv) investigaciones y sanciones a organizaciones de consumidores.

De lo anterior se deduce que, respecto del derecho de retracto, la Superintendencia no tenía competencia jurisdiccional, la cual se reducía para estos efectos a casos de información engañosa y garantía. Siendo así, los consumidores en casos particulares y concretos no podían obtener soluciones individuales y efectivas a los problemas que se suscitaran en torno al tema.

No obstante, la Superintendencia, como autoridad de protección al consumidor, ordenó la efectividad del derecho de retracto a través de su facultad jurisdiccional respecto de la garantía de producto, vinculando el retracto a una condición de calidad e idoneidad como se evidencia en los siguientes casos:⁵

5. Información suministrada por la Superintendencia en atención a la consulta No. 14-113816, de 26 de mayo de 2014, y contestada por dicha entidad el 16 de junio de 2014.

Caso No. 1

Expediente	2-4720.
N° Acto	Resolución N° 1112 del 27 de enero de 2003.
Síntesis del caso	El consumidor pagó una suma por concepto de cuota inicial por compra de un automotor. Luego le informaron que no era posible la entrega del automotor elegido y que le darían otro, lo que aceptó pero bajo condición de que un mecánico de su confianza lo examinara. Al revisarlo, el mecánico determinó que el vehículo no tenía las condiciones esperadas y ofrecidas, por lo que el consumidor desistió del negocio, lo que aceptó la empresa pero descontando una suma de dinero.
Apertura de la investigación	“Normas de calidad de bienes y servicios establecidas en el art. 41 del Decreto 3466 de 1982 y Título II, capítulo 3, numeral 3.4 de la Circular Única de la SIC”.
Decisión	La Superintendencia afirma que aparece demostrado en el expediente por lo dicho de ambas partes, que el retracto fue ejercido al día siguiente de la compra. Respecto de la suma de dinero cobrada por el investigado, sostiene que en el ejercicio del retracto “las partes deben devolver las prestaciones que hasta el momento se habían dado con el fin de volver la situación a su estado inicial”. Adiciona que el contrato no había tenido efectos, que no había sido transferida la propiedad al reclamante, no se había hecho uso del vehículo que tenía fallas de calidad las cuales no fueron desvirtuadas por el investigado, y que el cobro de la suma de dinero por el investigado constituye un enriquecimiento sin justa causa. Ordena, en ejercicio de facultades jurisdiccionales, el reembolso del dinero al consumidor.
Comentario	De los hechos del caso se desprenden dos situaciones: (i) el consumidor compra un bien que no le es entregado efectivamente, por lo que acepta que le entreguen uno distinto bajo condición que sea revisado previamente y (ii) le es entregado un bien que no cumple con las condiciones pactadas, por lo que “desiste del negocio”. Si bien los hechos refieren “desistimiento” o “arrepentimiento del consumidor” no estamos frente a un caso de derecho de retracto, sino de incumplimiento de las condiciones de calidad e idoneidad y de garantía de producto, por cuanto la decisión del consumidor se adopta ante la falta de entrega del bien y luego ante las fallas de calidad.

Caso No. 2

Expediente	2-42918.
N° Acto	Resolución N° 24587 del 29 de agosto de 2003.
Síntesis del caso	Compra de un kit de masajes a crédito. Al día siguiente de haberlo recibido y haber firmado la solicitud de crédito, se acercó a las instalaciones de la investigada para solicitar el reembolso y devolver el producto, pero no le fue recibido.
Apertura de la investigación	Retracto (art. 41 del Decreto 3466/82 y numeral 3.4 Título II, capítulo 3, de la Circular Única). Se advierte que en caso que se encuentre violación de las normas señaladas se procederá a ordenar la efectividad de la garantía en los términos del art. 29 del Decreto 3466/82 y el art. 145 de la Ley 446/98.
Decisión	La Superintendencia afirma que, en tanto el investigado no desvirtúa los hechos expuestos por la reclamante y manifiesta su voluntad de recibir el bien y ofrecer el paz y salvo de la compra a plazos, ordenará como medida administrativa “devolver las cosas al estado anterior al que se encontraban al momento de la solicitud de crédito”, por lo que la reclamante debe devolver el producto y el investigado entregar el paz y salvo. En ejercicio de facultades jurisdiccionales, a título de efectividad de la garantía, ordena a la empresa devolver el pagaré a la reclamante. No hay análisis sobre el derecho de retracto.
Comentario	Los hechos evidencian un claro caso del ejercicio de derecho de retracto: un consumidor compra un bien a plazos y al día siguiente se arrepiente, encontrando rechazo por parte del expendedor. La decisión, que no tiene mayor análisis, tiene dos partes: la administrativa, en donde no se imponen sanciones sino que se ordena al empresario entregar un paz y salvo de la deuda y al consumidor entregar el bien comprado. Como se mencionó líneas atrás, la facultad administrativa de la Superintendencia estaba dada solamente para imponer sanciones administrativas y no para impartir órdenes que materialicen el derecho de retracto. En ejercicio de la facultad jurisdiccional, llama la atención la orden de efectividad de la garantía impuesta, puesto que dicha orden surge cuando existe un daño en el bien (lo cual no se produjo en este caso) y en adición las formas de efectividad de la garantía, que según el derogado artículo 29 del Decreto 3466 de 1982 son la reparación, el cambio del bien por otro y la devolución del dinero.

Caso No. 3

Expediente	2-99090.
N° Acto	Resolución N° 3875 del 21 de febrero de 2003.
Síntesis del caso	Compra de un curso de inglés, que fue adquirido “bajo coacción” y “presión psicológica”. Luego se arrepiente de la compra y es presionado por el vendedor para recibir los materiales. Cuando el consumidor pretende hacer la devolución, los materiales no son recibidos por la empresa.
Apertura de la investigación	Retracto (art. 41 del Decreto 3466/82 y numeral 3.4 Título II, capítulo 3, de la Circular Única).
Decisión	Se impone sanción administrativa. El investigado aportó un “acuerdo conciliatorio” en donde afirma que se “aceptó el retracto del contrato” y que el reclamante pagó una “indemnización” de cien mil pesos, hecho que resulta contrario a lo dispuesto en el art. 41 del Decreto 3466/82. No se ordena garantía por el acuerdo conciliatorio aportado.
Comentario	La naturaleza del derecho de retracto es justamente devolver las cosas al estado anterior, sin que el consumidor o el empresario adquieran más cargas que esas. Para el presente caso estaba acreditado que se aceptó el retracto, por lo que el consumidor no tenía que pagar ninguna indemnización. No obstante, y nuevamente, haciendo uso de la figura de la garantía (la cual, se insiste, surge del daño de un bien o la deficiente prestación de un servicio), la Superintendencia sostiene que no hay lugar a ella en razón de que existe un acuerdo de conciliación entre las partes.

Caso No. 4

Expediente	3-66258.
N° Acto	Resolución N° 34414 28/11/2003.
Síntesis del caso	Compra de un televisor a plazos, para lo cual el reclamante abonó la cuota inicial y con posterioridad pagó el excedente. Al cancelar el restante, le informaron que el televisor tenía un precio superior al inicialmente informado, por lo que las cuotas eran más altas, y que requería de un fiador.

Apertura de la investigación	Normas de calidad, idoneidad, garantía e información del Decreto 3466 de 1982 (arts. 1, 2, 11, 13, 14 a 17, 23, 25, 29), retracto (art. 41 del mismo decreto) y Título II, capítulo 1 de la Circular Única de la Superintendencia (Calidad, idoneidad y garantías).
Decisión	Se ordena, a título de efectividad de garantía, la devolución del dinero pagado como cuota inicial, por cuanto el investigado no acreditó el cumplimiento de su deber de información y porque este exigió al consumidor una carta de solicitud de reembolso pero no fue presentada. Respecto a este punto la Superintendencia afirma que “no se puede exigir una tramitología adicional”. No se hace análisis del derecho de retracto.
Comentario	Aun cuando en la solicitud de explicaciones la Superintendencia alude como norma presuntamente violada el artículo 41 del Decreto 3466 de 1982, no se pronunció al respecto. De los hechos denunciados se colige que no se trata de un caso que involucre el derecho de retracto, sino de un caso de información de precios al consumidor.

Caso No. 5

Expediente	3-82056.
N° Acto	Auto N° 1192 31/03/2004.
Síntesis del caso	Compra de un curso de francés cuyo pago fue financiado. Al día siguiente de contratarlo, ante la falta de entrega de unos materiales, el consumidor se arrepintió de la compra. Adicionalmente, estaba inconforme con la programación de clases.
Apertura de la investigación	Normas de calidad e idoneidad y garantía del Decreto 3466/82 (arts. 1, 11, 13, 23), retracto (art. 41 del mismo decreto) y Título II, capítulo 1 de la Circular Única de la Superintendencia (Calidad, idoneidad y garantías).
Decisión	Decisión jurisdiccional. El caso fue archivado por cuanto obra en el expediente prueba de asistencia a clases de la reclamante. No hace ningún análisis respecto del retracto.
Comentario	Al tratarse de una decisión jurisdiccional, en estricto sentido, el caso fue abordado por un tema de garantía. Al contar con pruebas que confirmaban la asistencia al curso, no podía tratarse de un tema de retracto en la medida que el servicio había empezado a ser prestado.

Caso No. 6

Expediente	3-89123.
N° Acto	Resolución N° 4115 26/02/2004.
Síntesis del caso	Compra a crédito de un filtro de agua. Dos días después de la compra, el consumidor se arrepiente, hecho que es informado al vendedor, pero sin llegar a un acuerdo. Luego envía una comunicación escrita reiterando su solicitud, teniendo en cuenta que no ha recibido el bien comprado, a lo que le contestan que no es posible la devolución del dinero pero le hacen una nueva oferta de financiación.
Apertura de la investigación	Retracto (art. 41 del Decreto 3466/82 y numeral 3.4 Título II, capítulo 3 de la Circular Única) y garantías (artículo 29 del Decreto 3466 de 1982).
Decisión	El investigado afirma que el caso no se refiere al derecho de retracto porque, a pesar de los intentos de entrega, el consumidor se niega a recibir el producto aduciendo razones de fuerza mayor y de índole económica. En adición, señala que el contrato firmado por el consumidor indica que si antes de recibir el bien este desea rescindir el contrato, lo hará saber a la empresa mediante una carta, quedando convenido que el dinero ofrecido como cuota inicial quedará a favor de la empresa como compensación y costos administrativos. Al respecto, la Superintendencia afirma que el consumidor hizo uso del derecho de retracto y que ello es reconocido por ambas partes, lo que se evidencia de la renuencia del consumidor a recibir la mercancía. Respecto de la cláusula del contrato señala que esta es ineficaz por cuanto va en contra de una norma de derecho público. En ejercicio de facultades jurisdiccionales, ordena como efectividad de la garantía la devolución del dinero pagado por el consumidor.
Comentario	Llama la atención en este caso que las consideraciones de la Superintendencia respecto del derecho de retracto son precedidas del título “función jurisdiccional” y en la parte resolutive se imparte como orden de garantía la devolución del dinero. El caso corresponde claramente al ejercicio del derecho de retracto por parte del consumidor y de su naturaleza de irrenunciable, por lo que el contrato no puede controvertir la disposición legal. Aun teniéndola, no hace uso del ejercicio de su función administrativa y, por el contrario, excede su competencia al alegar en la parte motiva que la cláusula contractual es ineficaz.

Caso No. 7

Expediente	9-53245.
N° Acto	Resolución N° 57676 13/11/2009.
Síntesis del caso	El consumidor manifiesta que adquirió unos productos por sistema de financiación, y que al día siguiente informó a la vendedora su intención de desistir de la compra. No obstante, días después los productos llegaron a su casa, impidió la instalación y reiteró su solicitud, la cual fue radicada por escrito 11 días después de efectuada la entrega.
Apertura de la investigación	Retracto (art. 41 del Decreto 3466/82 y numeral 3.4 Título II, capítulo 3 de la Circular Única).
Decisión	La Superintendencia archiva la actuación, por cuanto la solicitud de desistimiento fue radicada 11 días después de la entrega, cuando el plazo es de dos días.
Comentario	El desistimiento verbal del consumidor no es tenido en cuenta como ha ocurrido en otros casos, la autoridad tan solo valora el documento escrito que claramente desborda el término previsto en la disposición normativa.

Caso No. 8

Expediente	9-73813.
N° Acto	Resolución N° 30968 18/06/2010.
Síntesis del caso	Adquisición de un curso de inglés bajo financiación, el consumidor se arrepiente al día siguiente de la compra. La empresa rechaza la solicitud de retracto.
Apertura de la investigación	Artículo 41 del Decreto 3466 de 1982.
Decisión	El investigado aporta comprobante de la devolución del dinero pagado por el consumidor. La Superintendencia concluye que se le permitió al consumidor retractarse y que se produjo la devolución del dinero. Así mismo, señala que no se evidencia una afectación al interés público porque no se observa infracción a las normas y archiva el expediente.
Comentario	Este es un típico caso de derecho de retracto, que fue archivado porque la situación particular y concreta del consumidor fue resuelta. La decisión alude que no hay afectación del interés público y que no existe infracción de las normas, de lo cual no hay evidencia en la resolución.

Como ya se dijo, respecto del derecho de retracto, en ejercicio de la facultad administrativa la Superintendencia solo tenía competencia para imponer sanciones,⁶ por lo que los consumidores que presentaran inconformidad frente a empresarios que impidieran el ejercicio del derecho de retracto solo podían obtener de la autoridad administrativa la imposición de una multa, mas no una solución particular y concreta. La función jurisdiccional conferida por la Ley 446 de 1998 a la Superintendencia no contempla esta materia.

Del somero análisis que realizó la autoridad de protección al consumidor en las decisiones adoptadas bajo el amparo del Decreto 3466 de 1982, se resalta que en los casos fallados en favor de los consumidores en donde se ordenó el reintegro del dinero, se analizaron aspectos relacionados con la calidad, idoneidad y garantía del producto. Aun cuando no lo hace en detalle, la Superintendencia asume que las condiciones propias de la operación de compra hacen parte de las condiciones de garantía del producto, y es por ello que cuando encuentra procedente la aplicación de la figura acude a la orden de garantía para hacerla efectiva. Esta problemática parece estar superada, al menos desde el punto de vista normativo, con la expedición de la Ley 1480 de 2011 como se verá más adelante.

El origen y la concepción de las dos instituciones —derecho de retracto y garantía de producto— es totalmente diferente: los asuntos de garantía tienen como punto de partida las deficiencias en la calidad e idoneidad de un bien o servicio que no cumple con las características inherentes y las atribuidas por la información que se suministre sobre él, y que no satisface las necesidades para las cuales fue producido y comercializado⁷ (D. 3466/1982, art. 1); mientras que el retracto se origina en que alguna de las partes quiere deshacer el negocio por voluntad propia, sin que se vea involucrado el funcionamiento del producto.

Si bien el Decreto 3466 de 1982 (art. 41) establecía el efecto del retracto, el cual tenía como finalidad restablecer la situación a como se encontraba antes del contrato y el término para ejercerlo, no determinó el procedimiento a seguir, las condiciones de la devolución del bien por parte del consumidor —si ello resultaba procedente— ni el término para que el productor o expendedor hiciera la devolución del dinero.

En algunos casos se evidenció cómo la autoridad otorgó plena validez al retracto verbal formulado por el consumidor, mientras en otros pasó por alto su afirmación y solo tuvo en cuenta la fecha en que la solicitud fue presentada por escrito. En otro caso, señaló que solicitar el

6. El Decreto 3466 de 1982 (art. 32) solo permitía la adopción de las medidas necesarias para evitar que se incurriera nuevamente en error o que se causara daño o perjuicio a los consumidores, para los casos relacionados con marcas, leyendas y propagandas.

7. La Ley 1480 de 2011, que derogó el Decreto 3466 de 1982 en este asunto, no introdujo cambios que modifiquen de manera sustancial los conceptos.

retracto por escrito se traduce en imponer cargas gravosas al consumidor para el ejercicio de sus derechos. Lo que sí resulta transversal, en la mayoría de los casos referenciados, es el hecho de determinar que no se pueden realizar cobros adicionales en razón de multas, compensaciones, indemnizaciones en favor del productor o expendedor, y que el consumidor debe devolver el producto, en los casos que lo recibió.

Por otra parte, hay que advertir que el ejercicio de facultades administrativas y jurisdiccionales de la Superintendencia en asuntos de protección al consumidor, hasta antes de la expedición del Decreto 3529 de 2009 estaba a cargo de la Delegatura para la Protección del Consumidor (D. 2153/1992, art. 17). A partir de la expedición de dicho decreto y el Decreto 4886 de 2011,⁸ los asuntos jurisdiccionales de la autoridad de protección al consumidor se adelantan en la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales y son resueltos por el Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales, mientras que los administrativos son instruidos en la Delegatura para la Protección al Consumidor y son resueltos por la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor.

II. CONCEPTO DE RETRACTO EN LA LEY 1480 DE 2011

El derecho de retracto contemplado en el Estatuto del Consumidor, conceptualmente guar-

da identidad con el consagrado en el Decreto 3466 de 1982 (art. 41) aunque con algunas diferencias.

En el Estatuto del Consumidor (L. 1480/2011, art. 47) la figura está prevista de la siguiente manera:

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 consumidor deberá devolver el producto al productor o proveedor por los mismos medios y en las mismas condiciones en que lo recibió. Los costos de transporte y los demás que conlleve la devolución del bien serán cubiertos por el consumidor.

El término máximo para ejercer el derecho de retracto será de cinco (5) días hábiles contados a partir de la entrega del bien o de la celebración del contrato en caso de la prestación de servicios.

8. Que mantiene para efectos de los asuntos de protección al consumidor la misma estructura institucional.

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.

El proveedor deberá devolverle en dinero al consumidor todas las sumas pagadas sin que proceda a hacer descuentos o retenciones por concepto alguno. En todo caso la devolución del dinero al consumidor no podrá exceder de treinta (30) días calendario desde el momento en que ejerció el derecho.

Respecto de tal definición, la Superintendencia en distintos conceptos⁹ ha señalado lo siguiente:

La facultad de retracto, en opinión de esta oficina, es 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.

Por su parte, la expresión “retractar” de acuerdo con el *Diccionario de la lengua española* (2001), significa “revocar expresamente lo que se ha dicho, desdecirse de ello”.

Según lo anterior, el retracto es la facultad que tienen los consumidores de desistir o arrepentirse de la adquisición de bienes y servicios, realizada *bajo ciertas modalidades de compra*, como son: las ventas financiadas directamente por el productor o expendedor, los tiempos compartidos, las ventas no tradicionales y las ventas a distancia en donde se encuentra el comercio electrónico. Es de anotar que la Superintendencia en varios conceptos ha utilizado como sinónimos las expresiones ‘retracto’ y ‘desistimiento’ (SIC, C. 11136921/2011,

9. Ver conceptos 12060766/2012, 1272856/2012, 1276592/2012, 12097587/2012, 12104854/2012, 12124194/2012, 13101794/2013, 13139087/2013, 13178577/2013, 13178875/2013, 13191751/2013, 13217940/2013, 13244408/2013, 13249506/2013 y 59055/2013.

11153782/2011 y 13109882/2013), concluyendo que “el desistimiento es una figura comparable con el retracto establecido en la Ley 1480 de 2011” (sic, C. 1621048/2016).

Las diferencias introducidas en comparación con el derogado artículo 41 del Decreto 3466 de 1982, radican particularmente en las modalidades de contrato que admiten el ejercicio del derecho, en el término para ejercerlo, los sujetos que pueden ejercerlo y la descripción del procedimiento, como se verá en detalle en el siguiente apartado.

III. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE RETRACTO DE ACUERDO CON EL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR

A partir del concepto señalado en el acápite anterior, las características del derecho de retracto son las siguientes:

A. *Es un derecho exclusivo del consumidor*

El Estatuto del Consumidor (L. 1480/11, art. 47) señala que se entenderá pactado “el derecho de retracto por parte del consumidor”. Este aspecto no puede pasarse por alto, por cuanto este derecho solo es predicable de quienes se ajusten a la definición que de consumidor o usuario ofrece la Ley 1480 de 11, artículo 5.3:

Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto,

cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica.

Por su parte, y respecto del alcance de la definición de consumidor en punto al derecho de retracto, la Superintendencia, en el Concepto 13101794/2013, ha señalado “que no solo quien adquiere es considerado como tal, pues la ley le da un sentido más amplio, al considerar que también lo es quien usa o disfruta el producto”. Con base en ello, dicha autoridad concluye que la resolución del contrato, a partir de la cual se materializa el derecho de retracto, no solo está en cabeza de quien celebró el contrato de compraventa, sino que también podrá ejercerlo quien usa el producto, que no necesariamente es el comprador de este.

En adición, esta disposición marca una gran diferencia con el derecho de retracto consagrado en el Decreto 3466 de 1982, en donde se indicaba que tal potestad podía ser ejercida por las partes dentro del contrato. Dicha precisión en la norma vigente guarda perfecta consonancia con el objetivo de la Ley 1480 de 2011, que es justamente proteger a los consumidores en las relaciones asimétricas que sostienen con productores y expendedores, particularmente en aquellas tipificadas por la ley, en donde tiene aplicación el derecho de retracto, en las cuales se profundiza la asimetría en alguno de sus aspectos.

Ahora bien, es de indicar que existe una incongruencia entre la Ley 1480 de 2011 y la Cir-

cular Única de la Superintendencia en punto a este aspecto, puesto que la última en el Título II, Capítulo 3, numeral 3.11 señala que la facultad es para las dos partes del contrato y no exclusiva del consumidor.

El capítulo tercero mencionado fue expedido mediante la Resolución N° 19097 del 24 de junio de 2002, publicada en el Diario Oficial N° 44.848 de junio 27 de 2002, con algunas modificaciones posteriores, pero aún no ha sido ajustado conforme a las disposiciones de la Ley 1480 de 2011,¹⁰ por lo que es posible afirmar que dicho aparte se encuentra derogado y no resulta aplicable, por cuanto no guarda correspondencia con el mandato legal, posterior y de mayor jerarquía.

B. Limitado a ciertas operaciones de consumo

Con ello se quiere indicar que no procede para todas las relaciones de consumo que celebren los consumidores, porque *a contrario sensu*, la ley definió particularmente en qué operaciones de consumo se entiende pactado el retracto, aspecto detrás del cual hay una racionalidad que se puede evidenciar:

- Ventas no tradicionales: entendidas como aquellas en las que el consumidor no ha buscado la celebración de una relación de consumo. El Estatuto del Consumidor prevé como casos, todas aquellas que se celebran

en la residencia del consumidor o fuera del establecimiento de comercio: ofrecimientos intempestivos fuera del establecimiento de comercio, conducir a consumidores a lugares para aminorar su capacidad de discernimiento, entre otros (L. 1480/11, art. 5.15).

En esta modalidad de ventas el derecho de retracto pretende proteger la formación de la voluntad del consumidor, por cuanto como ya se dijo, dichas ventas se perfeccionan aun cuando no fueron propiciadas por este; ello se colige del hecho que el consumidor no se dirige a los establecimientos de comercio a buscarlas, sino que es el productor o expendedor quien lo aborda en espacios distintos de estos. Al respecto, es de precisar que dicha figura fue reglamentada por el Decreto 1499 de 2014 (art. 3), en donde se plantean tres modalidades de ventas no tradicionales:

- i. Las ventas realizadas en el lugar de residencia o de trabajo del consumidor: aun cuando no están definidas por el decreto en mención, puede decirse que son aquellas que se realizan “puerta a puerta” y usualmente se perfeccionan tanto en la residencia como en el sitio de trabajo del consumidor.
- ii. Las ventas en las que el consumidor es abordado de forma intempestiva por fuera del establecimiento de comercio (D. 1499/2014, art. 4). Se producen cuando el consumidor es abordado en espacios públicos abiertos o en corredores o luga-

10. A 22 de agosto de 2016 la disposición normativa no ha sido ajustada al Estatuto del Consumidor.

res de desplazamiento público de instalaciones comerciales o institucionales. En adición, si bien el primer contacto entre consumidor y vendedor se da por fuera del establecimiento de comercio, puede que la operación concluya en este o en una instalación destinada para el efecto. Ahora bien, se entiende por “intempestivo” la definición que da el *Diccionario de la lengua española* (2001), “que es o está fuera de tiempo”, es decir, aquellas ventas que resultan inesperadas e imprevistas.

iii. Las ventas en las que el consumidor es llevado a escenarios dispuestos especialmente para aminorar su capacidad de discernimiento (D. 1499/2014, art. 5). La norma citada consagra como ejemplos de esta modalidad, aquellas que:

1. Utilicen técnicas de ventas con sistemas de escalonamiento de vendedores para oponerse o desvirtuar las negativas del consumidor y dilatar o dificultar el rechazo de la oferta o;
2. Utilicen expresiones o actos que ridiculicen o discriminen al consumidor para oponerse o desvirtuar su negativa y dilatar o dificultar el rechazo de la oferta, entre otras.

Finalmente, en dicha norma reglamentaria no se hace desarrollo alguno respecto de la figura del derecho de retracto, salvo la obligación del vendedor de ofrecer información previa sobre su existencia (D. 1499/2014, art. 8.9) y la de incorporar dentro del contenido mínimo de

los contratos información suficiente sobre las condiciones y modalidades de su ejercicio (D. 1499/2014, art. 9.8).

- Ventas a distancia: son aquellas en las cuales el consumidor no tiene un contacto directo con el producto y solo conoce las características y condiciones de los bienes o servicios vía telefónica, por correo, catálogo o comercio electrónico (L. 1480/2011, art. 5.16). En esta modalidad, el derecho de retracto pretende proteger al consumidor del error como vicio del consentimiento, el cual puede surgir tanto por falta de información o por información engañosa sobre las condiciones del producto. Al respecto, el Código Civil (art. 1510) prevé el error de hecho sobre el objeto, señalando que vicia el consentimiento cuando recae sobre “la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra”. En adición, el mismo Código (art. 1511) establece el error de hecho sobre la calidad del objeto, indicando que vicia el consentimiento

cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre [sic] que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante.

Es de precisar que las ventas a distancia fueron reglamentadas por el Decreto 1499 de 2014,

y tal y como se mencionó para las ventas no tradicionales, solo se refiere al derecho de retracto en punto a la obligación de información y al contenido mínimo de los contratos.

- Venta de tiempos compartidos: para empezar hay que hacer referencia al sistema de tiempo compartido turístico, que la Ley 300 de 1996 (art. 95) define como

aquel mediante el cual una persona natural o jurídica adquiere, a través de diversas modalidades, el derecho de utilizar, disfrutar y disponer, a perpetuidad o temporalmente, una unidad inmobiliaria turística o recreacional por un período de tiempo en cada año normalmente una semana.

Ahora bien, es necesario indicar que el Estatuto del Consumidor (L. 1480/2011, art. 47) se refiere a “venta de tiempos compartidos” sin calificarlos como turísticos. Ello da pie para concluir que por lo menos en la teoría esta figura no es exclusiva del sector turístico, sino que podría resultar aplicable a la adquisición de un derecho para disfrutar o disponer por un periodo determinado una unidad inmobiliaria, no necesariamente turística o recreacional. No obstante, la Superintendencia en sus conceptos la asimila a los casos turísticos y hoteleros (sic, C. 13178577/2013, 13178875/2013 y 13230104/2013).

- Contratos para la venta de bienes y prestación de servicios mediante sistemas de financiación otorgada por el productor o

proveedor. A diferencia del Decreto 3466 de 1982 (art. 41), donde se consagraba que el retracto aplicaba para “la venta de bienes y prestación de servicios mediante sistemas de financiación”, el Estatuto del Consumidor (L. 1480/2011, art. 47) prevé claramente y sin lugar a interpretación alguna que la financiación debe ser prestada directamente por el vendedor (sea productor o proveedor), diferenciando esta figura de los pagos mediante tarjeta de crédito otorgada o respaldada por el sector financiero, casos en los cuales no resulta procedente el retracto.

Por su parte, en la reglamentación de las ventas financiadas se estableció que dentro de la información que debe ser entregada al consumidor debe constar por escrito el derecho de retracto que le asiste (D. 1368/2014, art. 5.15), con la precisión que no tendrá más requisitos que los definidos en el Estatuto del Consumidor (L. 1480/2011 art. 47).

Es muy importante precisar que la Superintendencia, en el Concepto 14114664/2014 abrió la posibilidad de conocer casos de la aplicación del derecho de retracto, en aquellos eventos en los cuales es pactado por las partes en el marco de relaciones de consumo que no se refieren a las señaladas en precedencia, e indicó:

La ampliación vía contractual de las causales de procedencia del derecho de retracto para los consumidores resultaría ajustado con el ordenamiento jurídico,

siempre y cuando se beneficie este o estos consumidores. Finalmente, y dadas las amplias competencias que se le ha otorgado en materia jurisdiccional a esta Superintendencia para conocer de litigios relativos a la protección al consumidor, esta Entidad podrá conocer de los mismos, siempre que exista una relación de consumo.

No obstante, en un concepto anterior (C. 13109882/2013) había señalado:

El desistimiento que no encaje dentro de las opciones señaladas no será regulado por las normas de protección al consumidor, en consecuencia, los conflictos que se presenten a este respecto no son de competencia de esta Superintendencia y deberán ser resueltos ante la justicia ordinaria.

Ello permite opinar que en las relaciones de consumo los empresarios y consumidores podrán pactar libremente el derecho de retracto de las operaciones de compra, determinando las condiciones, alcance y mecanismos para hacerlo efectivo, y la Superintendencia, en ejercicio de sus funciones, podría conocer de estos casos, debiendo revisar los términos en que fue previsto y lo que fue informado al consumidor para adoptar las decisiones del caso.

Adicionalmente, la Superintendencia no podrá perder de vista la condición de irrenunciabilidad de los derechos y tampoco podrá asumir que una variación respecto de las condiciones

del retracto previsto en el Estatuto del Consumidor se convierte en una infracción legal, porque, se insiste, se trata de la consagración de un derecho en una relación de consumo que por ley no está beneficiada de dicha prerrogativa.

C. Es de carácter temporal

El derecho de retracto tiene un límite temporal para ser ejercido. El legislador de 2011 amplió de dos a cinco días el plazo en el que el consumidor puede ejercer su derecho: “El término máximo para ejercer el derecho de retracto será de cinco (5) días contados a partir de la entrega del bien o de la celebración del contrato en caso de la prestación de servicios” (art. 47).

Así, la Ley 1480 de 2011 precisó de manera clara la oportunidad de ejercer este derecho por parte de los consumidores, cuando se trata de bienes y de servicios, siendo consecuente con cada una de las modalidades de producto (art. 47). Recuérdese que el Decreto 3466 de 1982 (art. 41) establecía que tanto para bienes como para servicios la facultad de retractación se contabilizaba a partir de la celebración del contrato, y que la Circular Única de la Superintendencia señalaba que dicho término contaba desde la entrega del bien, lo que generó una incongruencia desde el punto de vista normativo (C. Título II, Capítulo 3, numeral 3.11).

Ahora bien, tal y como ocurre respecto de los sujetos, la Circular Única señala que el término

para ejercer el derecho es de dos días (Título II, Capítulo 3, numeral 3.11), por consiguiente, dado que la norma data de 2002, dicho término estaría derogado tácitamente por la Ley 1480 de 2011. Por demás, como ya se dijo, este apartado de la Circular Única está pendiente de ser ajustado a las disposiciones contenidas en la Ley 1480 de 2011.

Por otra parte, existe la posibilidad que, dándose todas las condiciones legales para la existencia del retracto, las partes determinen un término distinto para que se pueda hacer efectivo. Ello resultaría procedente solo en caso tal que no se vea menguado o disminuido el derecho del consumidor a ejercerlo. Al respecto la Superintendencia, en Concepto No. 11153782/2011, ha dicho que

vencido el término de cinco días no hay lugar a ejercer tal facultad, salvo pacto expreso en contrario acordado por las partes, esto es, cuando de común acuerdo se pacta la posibilidad de ejercer la facultad de retracto en un término mayor al señalado en la ley.

D. No es universal

En adición a las modalidades de relaciones de consumo a las que se encuentra limitada la aplicación del derecho de retracto, tenemos que no aplica respecto de todos los bienes o servicios que se encuentren en el mercado. Ello significa que existen ciertos productos con relación a los cuales no procede el derecho de

retracto aun cuando se compren por los canales y modalidades que lo entienden pactado de acuerdo con la ley.

La primera limitante se encuentra, en términos generales, respecto de aquellos bienes y servicios que por su naturaleza deban consumirse o hayan comenzado a ejecutarse antes de cinco días (L. 1480/2011, art. 47).

Así mismo se entiende, respecto de esta premisa, que si las relaciones de consumo cuyo objeto es la prestación de servicios empiezan a ejecutarse inmediatamente después, o por lo menos dentro de los cinco días siguientes a la celebración del contrato, no tendrán pactado el derecho de retracto; si se trata de bienes que deban consumirse tampoco resultará procedente.

Con ello, el legislador quiso formular de manera general los casos en los cuales no resulta procedente el retracto, siendo el operador jurídico quien determine si encuentra aplicable o no dicha excepción.

Ahora bien, la ley consagra una serie de excepciones en donde no resulta procedente el derecho de retracto:

- En los contratos de prestación de servicios cuya prestación haya comenzado con el acuerdo del consumidor. En consonancia con la previsión general explicada, se considera que en todos los casos en los que el consumidor solicite un servicio que empiece a ejecutarse, por su solicitud o aceptación

de manera inmediata antes del vencimiento del plazo de los cinco días desde la contratación, no resulta procedente el derecho de retracto.

- 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, como ocurre en los casos en los cuales los productos están sujetos a índices.
- En los contratos de suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor o claramente personalizados. Estos contratos hacen referencia a aquellos bienes que son realizados “a la medida” indicada por el consumidor, entre otros, muebles y prendas de vestir. El entendimiento personal de esta excepción es que se trata de bienes que no son de línea estándar sino que, por el contrario, son bajo la línea definida expresamente por el consumidor.
- En los contratos de suministro de bienes que, por su naturaleza, no puedan ser devueltos o puedan deteriorarse o caducar con rapidez. Sobre este aspecto, en atención a la naturaleza del bien, deberá el operador jurídico definir qué bienes no pueden ser devueltos o pueden caducar, como podrían ser las flores o la solicitud de siembra de árboles. Es evidente que en este caso la norma no se refiere estrictamente a la celebración de contratos de suministro sino a la celebración de relaciones de consumo y así lo ha reconocido la Superintendencia

(C. 13038178/2013, 13056556/2013 y 13027765/2013).

- En los contratos de servicios de apuestas y loterías. La Ley 643/2001 define en el artículo 21 las apuestas permanentes como:

Una modalidad de juego de suerte y azar en la cual el jugador, en formulario oficial, en forma manual o sistematizada, indica el valor de su apuesta y escoge un número de no más de cuatro cifras, de manera que si su número coincide, según las reglas predeterminadas, con el resultado del premio mayor de la lotería o juego autorizado para el efecto, gana un premio en dinero, de acuerdo con un plan de premios predefinido y autorizado por el Gobierno Nacional mediante decreto reglamentario.

Así las cosas, en este contexto el servicio de apuestas será aquel que preste el productor con el fin de que sus consumidores arriesguen una suma de dinero que podrán ganar o perder de acuerdo con que se obtenga o no el resultado esperado.

Por otra parte, la misma Ley 643 de 2011 define la lotería como:

Una modalidad de juego de suerte y azar realizada en forma periódica por un ente legal autorizado, el cual emite y pone en circulación billetes indivisos o fraccionados de precios fijos singularizados con una combinación numérica y de otros caracteres a la vista obligándose a otorgar

un premio en dinero, fijado previamente en el correspondiente plan al tenedor del billete o fracción cuya combinación o aproximaciones preestablecidas coincidan en su orden con aquella obtenida al azar en sorteo público efectuado por la entidad gestora. (Art. 11).

Nótese que el elemento en común es el azar, es decir, circunstancias que no dependen ni de quien produce el bien ni de quien lo compra. La utilidad que podría resultar hace parte de la suerte y es por ello que no se admite el retracto en estos casos.

Por demás, dentro de esta excepción se incluyen todas las modalidades de juegos de suerte y azar, definidos como:

Juegos en los cuales, según reglas pre-determinadas por la ley y el reglamento, una persona, que actúa en calidad de jugador, realiza una apuesta o paga por el derecho a participar, a otra persona que actúa en calidad de operador, que le ofrece a cambio un premio, en dinero o en especie, el cual ganará si acierta, dados los resultados del juego, no siendo este previsible con certeza, por estar determinado por la suerte, el azar o la casualidad. Son de suerte y azar aquellos juegos en los cuales se participa sin pagar directamente por hacerlo, y que ofrecen como premio un bien o servicio, el cual obtendrá si se acierta o si se da la condición requerida para ganar. (L. 643/2011, art. 5).

- En los contratos de adquisición de bienes perecederos. De acuerdo con el Diccionario de la lengua española (2011), el término *percedero* se circunscribe a aquellos bienes “que son poco durables, que han de perecer o acabarse”. La Resolución 2674 de 2013, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, en el artículo 3 define como alimento percedero aquel que “en razón de su composición, características fisicoquímicas y biológicas, pueda experimentar alteración de diversa naturaleza en un tiempo determinado y que, por lo tanto, exige condiciones especiales de proceso, conservación, almacenamiento, transporte y expendio”. El derecho de retracto no se admite en esta categoría en razón a la condición misma de los productos.

- En los contratos de adquisición de bienes de uso personal. Respecto de dicha excepción, la Superintendencia se ha pronunciado particularmente para explicar su alcance, determinando que si bien no tienen una definición legal, comúnmente se habla de ellos para referirse a los que son empleados solo por una persona por razones de carácter sanitario o de higiene, como por ejemplo, los cepillos de dientes, desodorantes, cosméticos, etc. (SIC, C. 12105368/2012, 13244408/2013).

E. Es irrenunciable

Esta característica hace referencia a que los consumidores no pueden, aun voluntariamen-

te, tomar la decisión de renunciar al derecho de retracto cuando este resulta procedente. Este punto se explicó en la parte primera de este documento.

Ahora bien, el Decreto 3466 de 1982 (art. 41) contemplaba expresamente que el derecho de retracto era irrenunciable, mientras que la Ley 1480 de 2011 (art. 47) no consagra tal característica. No obstante, y teniendo en cuenta que esta misma ley en el artículo 4 establece que “cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita”, se entiende que aun voluntariamente, el consumidor no puede renunciar a los derechos que le confiere la ley.

Vale la pena señalar lo expresado por la Corte Constitucional respecto del carácter de irrenunciabilidad de los derechos laborales:

*El principio de irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales que, en opinión de la Corte, refleja el sentido reivindicatorio y proteccionista que para el empleado tiene el derecho laboral. De suerte que los logros alcanzados en su favor, no pueden ni voluntaria, ni forzosamente, por mandato legal, ser objeto de renuncia obligatoria. [Cursivas en el original, subrayas añadidas]. En efecto, dicho principio se inspira en el *carácter esencialmente tuitivo* de la normatividad laboral, orientada como ninguna otra, a proteger al trabajador de los eventuales abusos de que pueda ser objeto, para lo cual lo rodea de una serie de derechos y garan-*

tías que se consideran indispensables a fin de asegurarle un mínimo de bienestar individual y familiar que consulte la dignidad humana [cursivas añadidas]. De ahí que las disposiciones legales que regulan el trabajo humano sean de orden público, y que los derechos y prerrogativas en ellas reconocidos estén sustraídos a la autonomía de la voluntad privada, por lo que no son disponibles salvo los casos exceptuados por la ley. (CConst., C-968/2003, C. Vargas). [Cursivas fuera de texto].

A partir de esta premisa y teniendo en cuenta el carácter tuitivo del derecho del consumo, no podrían los consumidores renunciar aun de manera voluntaria a los derechos mínimos que les asisten, como por ejemplo, adquirir bienes nuevos sin garantía o, para el tema en estudio, renunciar al derecho de retracto en los casos en los cuales resulta procedente ya sea en el contrato o aun vía conciliación.

Por demás, y según el Estatuto del Consumidor (L. 1480/2011, art. 4), “serán válidos los arreglos sobre derechos patrimoniales, obtenidos a través de cualquier método alternativo de solución de conflictos después de surgida una controversia entre el consumidor y el proveedor y/o productor”. Ello indica que después de surgida una controversia en relación con el ejercicio del derecho de retracto, las partes podrían conciliar el contenido patrimonial de dicho derecho, pero en ningún caso, lo relacionado con su existencia cuando se den los presupuestos de ley para el efecto.

F. No requiere expresión de la causa

El ejercicio del derecho de retracto nace solamente de la voluntad del consumidor y las razones o motivaciones que lo conducen a ejercerlo no tienen incidencia o repercusión alguna. Ello indica que si el consumidor lo ejerce, el productor o expendedor no tendrá más alternativa que aceptar dicha decisión y proceder de conformidad con ello con total independencia de la causa cualquiera que ella sea: porque no necesita el producto, porque ya no lo quiere, porque no le gustó, porque no correspondió a lo ofrecido, porque encontró un modelo más actual, porque encontró que su precio no correspondía a los precios de mercado, porque encontró uno más barato o porque reflexionó y concluyó que no puede pagarlo.

En la exposición de motivos del Proyecto de ley 089 de 2010, actual Ley 1480 de 2011, se señaló que al consumidor se le confiere el derecho de retracto, siempre y cuando se cumplan los supuestos de la norma para “que tenga un tiempo de ‘reflexión’ sobre la necesidad o no de dicho producto y la posibilidad real de poderlo pagar” (Cámara de Representantes, 2010).

Ahora bien, esta característica exime al consumidor de una carga de la prueba imposible de soportar. Téngase en cuenta que las modalidades de compra para las que opera el derecho de retracto traen en sí mismas un riesgo importante respecto de la formación del consentimiento del consumidor, que pueden incidir negativamente sobre la configuración de

su voluntad a la hora de adoptar una decisión de consumo. Siendo así, la Ley 1480 de 2011 gestionó ese riesgo derivado de la asimetría de información, estableciendo como condición única la manifestación de voluntad del consumidor de resolver el negocio jurídico.

G. Es una Institución diferenciada e independiente

Con esta característica se quiere evidenciar que no es un derecho ligado a otros derechos de los consumidores, como la información veraz y suficiente, la protección contra la publicidad engañosa y particularmente la garantía de productos.

Los consumidores podrán ejercer el derecho a la garantía en aquellos casos en los que los productos adquiridos presentan problemas de calidad e idoneidad. En este aspecto la razón del ejercicio del derecho es clara: es a partir del daño del producto que el consumidor solicita la efectividad de la garantía, que en términos generales se traduce en la reparación, el cambio del bien por otro, la nueva prestación del servicio o la devolución del dinero.

En el derecho de retracto el daño del producto no tiene cabida. Ante la existencia de un daño, el consumidor no tiene derecho a arrepentirse de la compra. Cuando el consumidor ejerce el derecho de retracto no pretende la reparación, el cambio, la devolución del dinero o nueva prestación del servicio, lo que quiere es deshacer el negocio realizado, para lo cual tendrá

que devolver el bien, o si se trata de un servicio este no ha debido ejecutarse, y el proveedor o productor deberá reintegrar la totalidad del precio pagado.

Como se puede ver, es evidente la diferencia de las figuras y, si bien en ambas puede existir devolución de dinero, en los casos de garantía la obligación surge por una falla de la calidad e idoneidad de los productos, mientras en el retracto nace del arrepentimiento del consumidor.

Ahora bien, el derecho de retracto tampoco guarda relación con la política comercial que pueden establecer productores y expendedores, relacionada con la devolución de dinero. Campañas que indiquen “si en xx días no estás satisfecho te devolvemos tu dinero” o “puedes devolver tu producto después de xx días de comprado por la razón que quieras”, constituyen ofrecimientos que en caso de ser incumplidos podrán ser investigados por la autoridad competente, pero en ningún caso constituyen una extensión del derecho de retracto.

Al respecto, la Superintendencia en el Concepto 12095983/2012 ha indicado:

Las devoluciones de dinero no relacionadas con las garantía de bienes y servicios, es decir, las que no tengan que ver con la calidad, idoneidad y seguridad legalmente exigibles al bien o servicio, están condicionadas 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.

En adición, ha señalado que cuando el desistimiento no se enmarque dentro de las ventas no tradicionales, ventas a distancia, comercio electrónico, tiempos compartidos y ventas financiadas, no será regulado por las normas del Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011), por lo que los conflictos suscitados en este aspecto no son de competencia de la Superintendencia y deben ser resueltos por la justicia ordinaria (SIC, C. 13109882/2013).

De esta suerte, tales asuntos podrían ser competencia de la Superintendencia en tanto puedan constituir información o publicidad engañosa; para ello sería necesario revisar en detalle las condiciones de tiempo, modo y lugar del caso para determinar si resulta o no competente, pero bajo estos supuestos no sería procedente el derecho de retracto.

Ahora bien, aun cuando se coincide con la posición de la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia en cuanto a que el retracto tiene un origen distinto y se diferencia de la garantía de productos, se marca distancia de la adoptada por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la misma entidad, que ha emitido pronunciamientos en los que asimila ambos conceptos.

La Superintendencia, mediante fallo judicial (S. 25/2014) relacionado con el retracto de un consumidor de tiquetes aéreos comprados en línea (*online*), a cuyo ejercicio del derecho de retracto la aerolínea respondió luego de más

de un año de presentado y después de interpuesta la demanda, señala como requisitos formales y sustanciales los siguientes:

- (i) Acreditar la existencia de una relación de consumo, es decir, el vínculo contractual negocial a partir del cual el demandante se encuentra legitimado para acudir a la Superintendencia en condición de consumidor final y *reclamar respecto del productor o expendedor, fabricante, vendedor o distribuidor de un bien o servicio en el mercado condiciones de calidad e idoneidad* respecto de estas prestaciones y que lo legitime, por tanto, para actuar como parte demandada en estos asuntos.
- (ii) Acreditar la existencia de una reclamación directa, en sede de empresa, dentro de los parámetros fijados para la interposición de los reclamos por parte de los consumidores y que le permitan de manera directa al proveedor de servicios, *la posibilidad de manifestar su desavenencia respecto de la calidad e idoneidad de los servicios e incluso del derecho de retracto de las compras realizadas a través de medios tradicionales o no.*
- (iii) Debe encontrarse acreditado dentro del plenario y conforme a las pruebas presentadas al juez *la existencia de un daño, la existencia del detrimento o menoscabo a los intereses del consumidor* que habiliten a la SIC en ejer-

cicio de su facultad jurisdiccional a dar curso a sus pretensiones y dar órdenes como las que se pretenden en el presente asunto. [Cursivas mías].

Nótese que en los requisitos fijados por la Superintendencia se hace énfasis en las condiciones de idoneidad y calidad del producto. No obstante, y si bien es cierto que tanto la relación de consumo como el requisito de procedibilidad resultan exigibles al tenor de las disposiciones legales vigentes (L. 1480/2011, art. 58.5), no lo es menos que tales requisitos, para los asuntos relacionados con el derecho de retracto, no tienen que analizarse bajo la óptica de la calidad, idoneidad y garantía de productos.

Llama la atención el análisis que hace la Superintendencia en el punto (iii), en donde resalta claramente que resulta exigible para los casos relacionados con el derecho de retracto, que se demuestre la existencia de un daño, y que, para este caso, dicho daño se materialice en no hacer efectivo el derecho de retracto en los casos en los que se han cumplido las exigencias de ley.

Para este punto, el juez analiza el artículo 23 del Estatuto del Consumidor, refiriéndose a la información como “base de las relaciones de consumo” e indica:

Aun cuando la aerolínea cumplió con su obligación de delimitar esas condiciones,¹¹ (...) no tiene presentación es que si un cliente utiliza los canales que la mis-

11. Refiriéndose a las condiciones de compra del tiquete aéreo.

ma sociedad accionada a dispuesto para hacer solicitudes, peticiones, quejas o reclamos o peticiones de devolución de dinero, estos canales no resulten efectivos. No basta con que la sociedad accionada envíe correos electrónicos automáticos que se generan ante cualquier solicitud, esto no solamente genera equívocos acerca del trámite que se va a dar a la petición del usuario sino que además contiene información confusa acerca de las condiciones en las cuales por ejemplo se debe dar la devolución de un tiquete.

En otro apartado refiere:

A efectos de la información, si yo permito que un consumidor genere en mi página de internet un reclamo, una solicitud de devolución de dinero de un tiquete aéreo que yo previamente le advertí no admitía reembolso debo decírselo, de ninguna manera le puedo enviar un correo electrónico manifestándole que su solicitud ha sido ingresada con éxito, su solicitud de devolución de dinero de ser aceptada será pagada en tantos días. No todas las solicitudes de los consumidores pueden tener una respuesta genérica porque eso genera confusión, genera incluso la expectativa para el consumidor que se va a dar la devolución de su dinero y además, de entender que se procesa la información, que se procesa la solicitud del consumidor y que no es aceptada, su mínimo derecho es a saber la respuesta de la sociedad accionada. La accionada debió

establecer mecanismos para que en un término razonable casi que concomitante con la solicitud se explicara por los mismos medios que ha dispuesto para recibir solicitudes la respuesta a la misma. Aquí está más que probado la omisión de la Aerolínea de informarle al consumidor para el mes de julio de 2012 que su solicitud había sido denegada por la razón que fuese. (...) Ese es el mínimo derecho que tiene el consumidor: a saberlo. Por esa razón, para el despacho está más que acreditada la vulneración a los derechos de información oportuna, completa, veraz y suficiente respecto de las condiciones en que se dio la transacción, solicitud de devolución y manejo interno por parte de la aerolínea a las peticiones del consumidor. *En esa medida, el despacho encuentra acreditado el daño.* [Cursivas mías].

Es así, como para un caso típico de retracto, la Superintendencia utiliza como prueba del daño o defecto de idoneidad y calidad la falta de respuesta oportuna por parte del prestador del servicio, calificándola como una infracción al artículo 23 de la Ley 1480 de 2011, relacionado con la información al consumidor.

Al respecto se advierte total desacuerdo con esta interpretación, puesto que para los casos de retracto, si bien son exigibles la existencia de una relación de consumo, el cumplimiento del requisito de procedibilidad y la demostración de la afectación del derecho, no resulta ni necesario ni ajustado a la legalidad pretender demostrar el daño por el incumplimiento en los

tiempos de respuesta por parte del productor o expendedor.

Por una parte, la información alude a todo contenido y forma de dar a conocer la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, el peso o medida, los precios, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad, y toda otra característica o referencia relevante respecto de los productos que se ofrezcan o pongan en circulación, así como los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización (L. 1480/2011, art. 5.7), y los proveedores y productores deberán suministrar a los consumidores información clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos que ofrezcan (L. 1480/2011, art. 23).

Esta obligación de ofrecer a los consumidores la información respecto de los productos que comercializan no guarda relación con el derecho a la reclamación, el cual le permite al consumidor reclamar directamente ante el productor, proveedor o prestador y obtener reparación integral, oportuna y adecuada de todos los daños sufridos (L. 1480/2011, art. 3.1.5). La falta de respuesta, o la respuesta inoportuna por parte del productor o expendedor, se tendrá como indicio grave en su contra; en adición, si se niega a recibir alguna reclamación, podrá ser sancionado de acuerdo con la Ley 1480 de 2011 (art. 58F).

En este caso, a la Superintendencia le bastaba con determinar la existencia del daño o menos-

cabo causado al consumidor por el hecho de que el empresario no atendió oportunamente la solicitud de retracto, que dentro del término legal formuló el consumidor, sin recurrir al análisis del derecho a la información para concluir que la no respuesta oportuna constituye una infracción a dicha norma y, yendo más allá, la demostración del daño necesaria para determinar la violación al derecho de retracto. La figura del retracto con los elementos exigibles de acuerdo con el Estatuto del Consumidor (L. 1480/2011, art. 47), se insiste, resultan suficientes para hacerlo efectivo sin necesidad de traer a cuento las normas sobre calidad, idoneidad, garantía, información o publicidad engañosa.

Por su parte, en otro fallo judicial relacionado con la solicitud de retracto de unos tiquetes aéreos, la Superintendencia durante la lectura del fallo afirmó:

A continuación procede la Superintendencia a tomar decisión de fondo con respecto a la acción de protección al consumidor instaurada por XXX en contra de XXX, la cual tiene como objeto la efectividad de la garantía y como consecuencia de ello se ordene la resolución del contrato objeto de reclamación judicial y la devolución del dinero pagado por el servicio objeto de reclamación judicial. (SIC, S. 678/2014).

Como primer punto se advierte que el derecho de retracto no tiene ninguna relación con la efectividad de la garantía de los productos, como ya se explicó líneas atrás.

En su análisis, y para referirse a los requisitos mencionados en la Sentencia 678/2014, la Superintendencia esgrime:

Para la *materialización de la efectividad de la garantía*, se hace necesario que se acredite la existencia de la relación de consumo, (...) Es también necesario que el reclamante haya formulado reclamación ante la accionada *dentro del término de garantía otorgado* (...), condición que se encuentra acreditada con la solicitud del derecho de retracto. [Cursivas mías].

Y continúa:

El artículo 10 de la Ley 1480 de 2011 dispone que para establecer la responsabilidad por incumplimiento de las condiciones de calidad e idoneidad bastará *con demostrar el defecto del producto* y que dicho presupuesto se considera debidamente satisfecho por la imposibilidad de ejercer el derecho de retracto y la imposición de normas menos beneficiosas que generan detrimento de los derechos reconocidos por el Estatuto de Protección al Consumidor. [Cursivas mías].

Nótese que por mandato legal, la efectividad de la garantía exige que la reclamación se presente ante el productor o expendedor en el término de garantía y que se demuestre la existencia del daño. En el caso analizado, la Superintendencia, haciendo alusión a la garantía de productos, adopta la solicitud de retracto como una reclamación por garantía, y como

prueba del daño aduce la falta de reconocimiento del derecho de retracto.

Nuevamente, se insiste, la figura del retracto es una institución diferenciada e independiente, que no necesita valerse de otros derechos para hacerse efectiva. Tan solo requiere el cumplimiento de las condiciones descritas en el Estatuto del Consumidor (L. 1480/2011, art. 47).

La garantía de productos, definida legalmente por el Estatuto del Consumidor (L. 1480/2011, art. 5.5), es la “obligación 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”. El ejercicio del derecho de retracto, como ya se ha explicado, no requiere de ninguna motivación particular por parte del consumidor, no está ligado a la calidad e idoneidad de los productos, solo constituye una prerrogativa ofrecida por la ley a los consumidores que celebran relaciones de consumo bajo las modalidades definidas por la ley, de arrepentirse de las compras realizadas.

En adición, y al igual que en la sentencia analizada en precedencia, la Superintendencia encuentra que el artículo 23 del Estatuto del Consumidor (L. 1480/2011), que se refiere a la información, es correlativo al derecho de retracto y en el caso particular lo encuentra vulnerado por cuanto:

La información suministrada respecto de las normas aplicables al contrato no re-

viste el carácter de suficiente, pues (...) Solo se hace referencia a la obligación de cancelar el vuelo 24 horas antes de la ocurrencia del vuelo y en nada expone la Resolución 4498 de 2001 (...) donde se hace referencia al reembolso. Lo anterior es insuficiencia de la información por cuanto el consumidor no contaba con los elementos de juicio adecuados y solo tuvo acceso a ella por parte de la aerolínea.

Como ya se había señalado, para efectos del análisis del retracto no resultaba necesario referirse a una infracción de información, y menos basándose en una norma jurídica expedida legalmente por una autoridad de la Rama Ejecutiva del Poder Público como es la Superintendencia.

Llama la atención que en esta decisión la Superintendencia sostiene que resulta vulnerado el artículo 46.4 de la Ley 1480 de 2011, norma que alude a las ventas no tradicionales o a distancia. El juez, al respecto, señala que en dicha norma:

No existe plazo o duración del derecho de retracto, pues como ya se expuso, se le dio prevalencia a una normativa menos favorable al consumidor, donde sin que existiera una información suficiente se pretendía dar exclusión a las normas de protección al consumidor, las cuales son de orden público, dado el nivel de protección que ofrecen y que no pueden ser derogados por normas menos favorables o acuerdos privados.

Cuando la Superintendencia alude a una normativa menos favorable se refiere a los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia y a la disposición que para la época de los hechos estaba vigente en relación con el desistimiento del pasajero. Al efecto, vale precisar que aun cuando el artículo 46 de la Ley 1480 de 2011 no indica término para el retracto, se entiende que aplica el del artículo 47 de esta misma ley.

H. Su efecto es la resolución del contrato

De acuerdo con la Ley 1480 de 2011, “en el evento en que se haga uso de la facultad de retracto, se resolverá el contrato” (art. 47).

Tal y como lo anota Rengifo (2014), con la resolución, “el contrato además queda retroactivamente anulado (*ex tunc*)” (p. 2), es decir, “la terminación tiene efectos desde la fecha de la celebración del contrato” (p. 2). Por su parte, la Superintendencia en el Concepto 11153782/2011 ha señalado que “la palabra resolución, que proviene del latín ‘resolutio’ tiene como significado el deshacer o extinguir el contrato”.

En este caso, un contrato legal y válido deja de existir por una situación sobreviniente que, en asuntos de consumo, será la manifestación de voluntad, pura y simple, del ejercicio del derecho de retracto por el consumidor. El ejercicio del derecho y la terminación del contrato por parte del consumidor resultan no solo legales, sino que se constituyen en un derecho que adquiere siempre y cuando se den las demás

condiciones ya descritas. En adición, dicha terminación no requiere declaración judicial, puesto que opera solamente por la voluntad del consumidor.

Para efecto de perfeccionar la resolución del contrato, el Estatuto del Consumidor (L. 1480/2011, art. 47) establece las siguientes reglas:

- a. “El consumidor deberá devolver el producto al productor o proveedor [vendedor] por los mismos medios y en las mismas condiciones que lo recibió”. Las “mismas condiciones”, según lo expresado por la SIC, hacen referencia a que el producto que suscita el retracto no fue usado y se debe entregar en el mismo estado en el que fue recibido (SIC, C. 13191751/2013).
- b. “El consumidor debe asumir los costos de transporte y todos los demás que conlleven la devolución del bien”.
- c. El proveedor debe devolver la totalidad del dinero al consumidor sin derecho a realizar deducciones, descuentos o retenciones. En adición, se debe tener en cuenta que el retracto no debe implicar para el expendedor, asumir cargas adicionales distintas a la de recibir el producto y devolver al consumidor el dinero pagado (SIC, C. 12060766/2012).

La exigencia relacionada con “no haber usado el producto” no resulta clara de la lectura de la norma (L. 1480/2011 art. 47). En adición, se tendrá que revisar el caso concreto para determinar el alcance del ‘uso’, que no necesariamente se refiere al requerimiento legal para el consumidor de entregar el producto en las mismas condiciones que lo recibió. Puede ser que el consumidor reciba el bien, lo destape, lo ensaye o se lo pruebe y el uso se limite a dicha circunstancia, caso en el cual, resultaría viable el ejercicio del derecho de retracto.

Por su parte, la Superintendencia ha determinado que el buen estado del bien no solo se refiere al producto mismo sino “también los elementos originales de embalaje, eti-

quetas, certificados de garantía, manuales de uso, cajas, elementos y protección” (SIC, C. 12060766/2012). En este sentido, si el proveedor informó previamente el costo de tales elementos y el consumidor lo alteró o modificó, tendrá que reintegrar el valor que corresponda, para así cumplir con la obligación de devolver el bien en las mismas condiciones en que lo recibió.

Un aspecto que resulta de particular importancia para los empresarios es el relacionado con los impuestos que se pueden generar en razón de la devolución de dinero. Por consiguiente, le corresponde al proveedor o productor devolver al consumidor la totalidad de la suma pagada, y no es procedente realizar descuento alguno, por lo cual, si en la operación se han causado impuestos estos deberán ser asumidos por el proveedor o productor (SIC, C. 14114664/2014).

Finalmente, la regla descrita en este literal y en el literal b) guarda consonancia con lo

señalado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (CSJ):

Por consiguiente, como la resolución apareja el regreso a la situación anterior a la celebración del contrato, eso no solo conlleva una restitución material de todo lo que las partes han recibido o percibido con motivo del acuerdo, sino una restitución jurídica. (CSJ Civil, 2000, J. Ramírez).

- d. El término máximo para la devolución del dinero por parte del proveedor es de treinta días calendario contados desde el día en que el consumidor ejerció el derecho.

IV. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO

Las consecuencias por el incumplimiento del productor o proveedor en hacer efectivo el derecho de retracto ejercido oportunamente y en los términos ya explicados por parte del consumidor, pueden ser de índole administrativa o jurisdiccional. Para efecto de precisar este aspecto es necesario analizar el alcance de las funciones administrativas y jurisdiccionales, y sus diferencias.

A. Administrativas

Para Jiménez (1999), la facultad de inspección, vigilancia y control se traduce en una función de “carácter operativo que busca asegurar el respeto de la reglamentación expedida por los organismos competentes a través de mecanismos preventivos y represivos” (p. 27).

En este sentido, el Estatuto del Consumidor (L. 1480/2011) dotó a la Superintendencia de facultades administrativas, entre las que se destacan, entre otras, la de imponer sanciones administrativas, impartir instrucciones, suspender la comercialización de productos, solicitar la intervención de la fuerza pública y ordenar cualquier medida para evitar que se cause daño o perjuicio a los consumidores (art. 59). Su competencia es de carácter residual, es decir, conocerá asuntos de protección al consumidor siempre y cuando dicha facultad no haya sido endilgada expresamente a una autoridad distinta (art. 59).

Dentro del catálogo de facultades administrativas y en caso de detectar irregularidades, previo proceso administrativo la Superintendencia podrá imponer las sanciones y medidas administrativas, dentro de las cuales se encuentran, entre otras, multas hasta por dos mil salarios mínimos mensuales legales vigentes, cierre temporal del establecimiento de comercio hasta por 180 días, sanciones personales hasta por trescientos salarios mínimos legales mensuales vigentes y la prohibición de ejercer el comercio hasta por cinco años a quienes autoricen o ejecuten conductas contrarias a las normas contenidas en la ley (art. 61).

En este contexto, de establecerse a través de una investigación administrativa que una empresa o persona natural que ofrezca bienes y servicios bajo las modalidades señaladas no hace efectivo el derecho de retracto, la autoridad podrá imponer las sanciones previstas en la ley.

Es de señalar que este proceso no está dispuesto para resolver el problema particular y concreto de un consumidor, sino que la Superintendencia podrá actuar en pro de los consumidores en general como participantes del mercado.

Ahora bien, de acuerdo con lo esgrimido por la Superintendencia, solamente adelantará las investigaciones administrativas que resulten significativas (sic, C. 14114664/2011). Este parámetro tiene referente legal en el caso de prácticas comerciales restrictivas, consagrado en la Ley 1340 de 2009 (art. 3) que señala como función de la Superintendencia:

Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite *a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.* [Cursivas mías].

Es de precisar que la Ley 1480 de 2011 y el Decreto 4886 de 2011 no establecen la significatividad para asuntos de protección al consumidor, no obstante, resulta razonable su análisis teniendo en cuenta que el fundamento de las actuaciones administrativas es proteger los derechos de los consumidores como colectividad, dado que para resolver situaciones particulares y concretas la vía jurisdiccional es la pertinente.

Así lo reconoce la Superintendencia al afirmar:

Evaluados los requisitos mínimos que debe contener una queja, considero que el paso a seguir por parte de la administración será determinar si la misma es significativa, esto es, determinar qué tanto los hechos afectaron a los consumidores, para lo cual se hace necesario establecer a qué mercado relevante pertenece el producto o servicio que ocasionó la inconformidad del quejoso, participación de mercado del productor o proveedor, qué número de consumidores se afectaron o pudieron verse afectados o si se trata de una conducta que posiblemente pudo afectar al quejoso o a unos cuantos consumidores, entre otros. De no ser así, se estarían confundiendo los intereses protegidos por las normas cuando los hechos son conocidos en facultades administrativas o en ejercicio de la acción judicial, pues no sería lógico que la Delegatura de Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio adelantara actuaciones administrativas por asuntos que no afectan a los consumidores en general sino al interés particular de un consumidor. (C. 14114664/2011).

Con base en lo anterior, la Superintendencia concluye que solo deberá adelantar investigaciones administrativas con base en conductas que afecten un porcentaje importante de consumidores en general y no el interés particular de un consumidor.

Si bien se comparte la conclusión a la que llega la Superintendencia, es preciso establecer una metodología clara que determine la afectación de los consumidores en general. La expresión “porcentaje importante” resulta ambigua, podría ser 10 % o 90 %, según el estimado del funcionario instructor. En adición, es de considerar que la inexistencia de reclamos no es el único indicador para concluir que los consumidores no están siendo afectados.

B. Jurisdiccionales

La Constitución Política establece: “Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas” (art. 116).

La Corte Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones respecto al alcance de esta previsión constitucional, determinando su alcance y requisitos de legalidad. En este aspecto, concluye que uno de los objetivos del legislador fue desjudicializar algunas conductas atribuyendo competencia a “entidades administrativas especializadas y, por ende, idóneas para tomar decisiones sobre esos asuntos particulares” (CConst., C-384/2000, V. Naranjo).

En lo que corresponde a la Superintendencia, mediante la Ley 446 de 1998 (art. 145) le fueron conferidas facultades jurisdiccionales, particularmente para asuntos relacionados con la

corrección de publicidad, la efectividad de la garantía, entre otros.

La Ley 1480 de 2011 (art. 56.3) le amplió el espectro de tales facultades, otorgándole atribuciones para adelantar la acción de protección al consumidor, a través de la cual podrá conocer de los siguientes casos: (i) los asuntos contenciosos que tengan como fundamento la vulneración de los derechos del consumidor, (ii) protección contractual, (iii) garantías, (iv) reparación de los daños causados a los bienes en la prestación de servicios, (v) Información o publicidad engañosa. El derecho de retracto hace parte del Título VII de la Ley 1480 de 2011, que se refiere a la protección contractual.¹²

Siendo así, la Superintendencia tiene competencia para pronunciarse respecto de una situación particular y concreta, en la que el consumidor presente una demanda con ocasión de la vulneración del derecho de retracto. En tal virtud puede dictaminar que este derecho se haga efectivo, lo que se traduce en ordenar al productor o expendedor que reintegre al consumidor el dinero pagado, y al consumidor que reintegre el bien en las mismas condiciones en las que lo recibió, ello siempre y cuando se den todas las condiciones exigidas en la disposición legal. Por otra parte, la Superintendencia podrá imponer sanciones hasta por 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes con tal que concurren los requisitos previstos en el

12. Debe tenerse en cuenta que el artículo 24 del Código General del Proceso reitera la competencia jurisdiccional de la Superintendencia en materia de violación a los derechos de los consumidores establecidos en el Estatuto del Consumidor.

Estatuto del Consumidor (L. 1480/2011, art. 58.10).

V. CONCLUSIONES

Sin lugar a dudas, la Ley 1480 de 2011 significó un avance importante en la consagración de los derechos de los consumidores. Particularmente frente al derecho de retracto precisó con meridiana claridad los casos en los que resulta procedente, la oportunidad y las obligaciones tanto para el consumidor como para el productor y expendedor, dejando sin margen de maniobra al operador jurídico para efecto de su aplicación. Por su parte, el incumplimiento de los empresarios en su aplicación trae consigo consecuencias administrativas y jurisdiccionales, que, a diferencia de lo que ocurría bajo la vigencia del Decreto 3466 de 1982 y la Ley 446 de 1998, ya no admiten ninguna duda.

No obstante, en la aplicación práctica de la figura pareciera que la Superintendencia continúa bajo el amparo del Decreto 3466 de 1982, toda vez que dentro de su análisis utiliza otros derechos de los consumidores, como el de la garantía de productos, la calidad, idoneidad e información, para efecto de determinar su procedencia en casos particulares.

El derecho de retracto tiene su propia disciplina, es autónomo y en atención a ello para su aplicación se requiere que, en el marco de la relación de consumo, se den los supuestos establecidos en el Estatuto del Consumidor (L. 1480/2011, art. 47), en cuanto a la forma

como se materializa la relación de consumo, los términos y las excepciones propuestas en la norma. Por consiguiente, en el análisis que realice la Superintendencia en cada caso concreto debe ceñirse justamente a ellos, sin involucrar elementos que configuran los demás derechos de los consumidores. Si bien pueden presentarse casos en los que pueden vulnerarse varios derechos de manera concomitante, el análisis debe tornarse en independiente.

Referencias

1. Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*.
2. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-337 de 1993 (M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa; agosto 19 de 1993).
3. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1141 de 2000 (M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; agosto 30 de 2000).
4. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-384 de 2000 (M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa; abril 5 de 2000).
5. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-968 de 2003 (M. P.: Clara Inés Vargas Hernández; octubre 21 de 2003).
6. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-186 de 2011 (M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto; marzo 16 de 2011).

7. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-934 de 2013 (M. P.: Nilson Pinilla Pinilla; diciembre 11 de 2013).
8. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente: C 4823 (M. P.: José Fernando Ramírez Gómez; junio 23 de 2000).
9. Decreto 3466 de 1982 [Presidente de la República]. Por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones. Diciembre 2 de 1992. DO N° 36143.
10. Decreto 2153 de 1992 [Presidente de la República]. Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones. Diciembre 30 de 1992. DO N° 40.704.
11. Decreto 3523 de 2009 [Presidente de la República]. Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio y se determinan las funciones de sus dependencias. Septiembre 15 de 2009. DO N° 47.473.
12. Decreto 4886 de 2011 [Presidente de la República]. Por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones. Diciembre 23 de 2011. DO N° 48.294.
13. Decreto 1368 de 2014 [Presidente de la República]. Por el cual se reglamentan las operaciones mediante sistemas de financiación previstas en el artículo 45 de la Ley 1480 de 2011. Julio 22 de 2014. DO N° 49.220.
14. Decreto 1499 de 2014 [Presidente de la República]. Por el cual se reglamentan las ventas que utilizan métodos no tradicionales y las ventas a distancia. Agosto 12 de 2014. DO N° 49.241.
15. Real Academia de la Lengua Española. (2001). *Diccionario de la Lengua Española* (Vigesimotercera Ed.). Obtenido de rae.es: <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>
16. Jiménez Jaramillo, C. (1999). Un régimen jurídico propio para las actividades de vigilancia y control. *CON-TEXTO*, (6), 26-32.
17. Ley 446 de 1998. [Congreso de la República de Colombia]. Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. Julio 8 de 1998. DO. N° 43.335.

18. Ley 1340 de 2009. [Congreso de la República de Colombia]. Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia. Julio 24 de 2009. DO N° 47.420.
19. Ley 1480 de 2011. [Congreso de la República de Colombia]. Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. Octubre 12 de 2011. DO N° 48.220.
20. Proyecto de ley No. 089 de 2010. [Cámara de Representantes]. Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor, se crea una contribución para la defensa del mismo y dictan otras disposiciones. Gaceta del Congreso No 626 de 2010.
21. Rengifo, E. (2014). *La terminación y la resolución unilateral del contrato*. Obtenido de rengifoabogados: <http://www.rengifoabogados.com/sites/default/files/La%20Terminaci%C3%B3n%20y%20la%20resoluci%C3%B3n%20unilateral%20del%20contrato.pdf>
22. Resolución 2674 de 2013 [Ministerio de Salud y Protección Social]. Por la cual se reglamenta el artículo 126 del Decreto-ley 019 de 2012 y se dictan otras disposiciones. Julio 25 de 2009. DO N° 48862.
23. Superintendencia de Industria y Comercio. Auto 1192, marzo 31 de 2004.
24. Superintendencia de Industria y Comercio. (2001). Circular Única, por medio de la cual se reúnen en un solo cuerpo normativo todas las reglamentaciones e instrucciones generales de la Superintendencia de Industria y Comercio que se encuentran vigentes. DO N° 44511 de 6 de agosto de 2001. <http://www.sic.gov.co/circular-unica-sic> <http://www.sic.gov.co/titulos-circular-unica>
25. Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 07024076, marzo 30 de 2007.
26. Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 0792352, octubre 12 de 2007.
27. Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 07130086, enero 24 de 2008.
28. Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 07137342, enero 29 de 2008.
29. Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 11136921, noviembre 25 de 2011.
30. Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 11153782, diciembre 21 de 2011.
31. Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 12060766, junio 12 de 2012.
32. Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 1272856, junio 14 de 2012.

33. Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 1276592, junio 26 de 2012.
34. Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 12097587, julio 23 de 2012.
35. Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 12105368, julio 24 de 2012.
36. Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 12095983, julio 25 de 2012.
37. Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 12104854, agosto 8 de 2012.
38. Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 12124194, Agosto 30 de 2012.
39. Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 13027765, marzo 22 de 2013.
40. Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 13038178, abril 5 de 2013.
41. Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 13056556, abril 30 de 2013.
42. Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 13109882, mayo 17 de 2013.
43. Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 13101794, junio 6 de 2013.
44. Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 13139087, julio 25 de 2013.
45. Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 13178875, septiembre 10 de 2013.
46. Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 13178577, septiembre 10 de 2013.
47. Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 13191751, septiembre 25 de 2013.
48. Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 13217940, octubre 28 de 2013.
49. Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 13230104, noviembre 13 de 2013.
50. Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 13244408, noviembre 28 de 2013.
51. Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 13249506, noviembre 29 de 2013.
52. Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 14114664, agosto 4 de 2014.
53. Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 1621048, marzo 11 de 2016.
54. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 1112, enero 27 de 2003.
55. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 24587, agosto 29 de 2003.

56. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 3875, febrero 21 de 2003.
57. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 34414, noviembre 28 de 2003.
58. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 4115, febrero 26 de 2004.
59. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 57676, noviembre 13 de 2009.
60. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 30968, junio 18 de 2010.
61. Superintendencia de Industria y Comercio. Acción de Protección al Consumidor. Radicación 2013-214442. Sentencia 25, enero 23 de 2014.
62. Superintendencia de Industria y Comercio. Acción de Protección al Consumidor. Radicación 2013-156524. Sentencia 678, julio 28 de 2014.