

Supervisión inteligente y protección del consumidor¹

Smart supervision and consumer protection

EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA²

RESUMEN

En este artículo se propone una clasificación de las infracciones a las disposiciones de protección al consumidor, atendiendo si existió o no, por parte del infractor voluntad de defraudar a los consumidores. Se identifican tres categorías principales (i) aquellas que ocurren a pesar del esfuerzo del empresario y sus procedimientos; (ii) las que son consecuencia de un procedimiento errado o insuficiente o de una interpretación errónea de la ley; y (iii) las que resultan de conductas intencionalmente defraudatorias. Con base en esta clasificación se hace una propuesta para que las Autoridades de inspección, vigilancia y control usen sus facultades administrativas para promover que existan condiciones, incentivos, sistemas y procedimientos, que lleven al cumplimiento de la ley, teniendo en cuenta la tipología de cada tipo de infracción. En la segunda parte de este documento, se sugieren enfoques y

1 Fecha de recepción: 20 de julio de 2024. Fecha de aceptación: 20 de noviembre de 2024. Received: July 20, 2024. Accepted: November, 20, 2024. Artículo de reflexión. DOI: <https://doi.org/10.18601/16923960.v24n1.05>

2 Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Legislación Financiera Universidad de los Andes. Magíster en Jurisprudencia Comparada (M.C.L.) New York University (N.Y.U.), School of Law. Derecho para el Desarrollo (D.L.C.), International Development Law Institute, Roma. Se ha desempeñado como director de la Oficina Jurídica del Ministerio de (hoy) Industria, Comercio y Turismo, Delegado para Seguros de la Superintendencia (hoy) Financiera de Colombia, Delegado para la Promoción de la Competencia y Superintendente de Industria y Comercio, Presidente de Asobolsa, Director del Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia y Consejero Presidencial para la Estabilización y la Consolidación. Actualmente es Árbitro, socio de la firma Archila Abogados, docente investigador de la Universidad Externado de Colombia. Agradecimiento a Lina María Roa Rodríguez por el apoyo en la investigación. Contacto: earchila@archilaabogados.com. Orcid Id: <https://orcid.org/0009-0004-2676-5527>

variaciones a la manera como se usan las facultades de Inspección, Vigilancia y Control o IVC, con el fin de hacerlas más efectivas.

Palabras clave: Consumidor, funciones y/o facultades administrativas, inspección vigilancia y control, derecho del consumidor, uso inteligente, instrucción, prevención, corrección, sanción.

ABSTRACT

This article proposes a classification of violations of consumer protection provisions, considering whether there was an intent on the part of the violator to defraud consumers. A distinction is made between (i) those that occur despite the producer or distributor and his procedures; of (ii) those that are a consequence of an erroneous or insufficient procedure or a poor reading of the law, and (iii) those that result from fraudulent behavior. Then, a proposal is made for the Authorities to use their administrative powers to promote the existence of conditions, stimuli, systems and procedures that lead to compliance of the law, considering the typology of each type of infraction. And, in the second part, emphasis and variations are suggested to the way in which the powers of Inspection, Surveillance and Control or IVC are used, to make them effective.

Keywords: Consumer, administrative authority and powers, inspection, surveillance and control, consumer rights, strategic application, guidance, prevention, correction, sanctions.

Sumario: Introducción 1. Tipos de infracción 1.1 Infracciones de Simple Ocurrencia 1.2 Infracciones por Desviación 1.3 Prácticas Defraudatorias 2. Objetivos de IVC dependiendo del tipo de infracción 2.1 Para infracciones de Simple Ocurrencia 2.2 En los casos de las infracciones por Desviación 2.3 Prácticas defraudatorias 3. Funciones, facultades y supervisión inteligente 3.1 Facultades preventivas y su uso inteligente 3.1.1 *Conceptos no vinculantes pero útiles*. 3.1.1.1 Públicos. 3.1.1.2 Fecha de emisión y cambios. 3.1.1.3 Eximente de responsabilidad. 3.1.1.4 Afectaciones individuales. 3.1.2 *Instruir a los destinatarios*. 3.1.2.1 Para reducir el riesgo. 3.1.2.2 Mecanismos para vigilar que se cumpla la instrucción. 3.1.2.3 No cumplir lleve a sanciones. 3.1.2.4 Las afectaciones individuales se reparan. 3.1.3 *Prácticas inseguras o no autorizadas* 3.1.3.1 Condiciones nocivas que no eran contrarias a derecho 3.1.3.2 Plazo razonable para acomodarse. 3.1.3.3 Esquema de seguimiento. 3.2 Facultades sancionatorias y su uso inteligente. 3.2.1 *Sin seguro y sumadas a las personales*. 3.2.2 *Publicidad*. 3.2.3 *Significatividad y casos ejemplificantes*. 3.2.4 *Órdenes replicables*. 3.2.5 *La reincidencia debe ser grave*

INTRODUCCIÓN

Las facultades de inspección, vigilancia y control (en adelante, "IVC") se justifican cuando las normas respecto de las cuales se ejercen protegen un interés jurídico que va más allá del ámbito individual, y cuando la dinámica propia de la aplicación meramente jurisdiccional no resulta suficiente para su adecuado cuidado. Las normas de protección al consumidor se encuentran dentro de esas.

En consecuencia, esas facultades de IVC deben ser usadas por las autoridades, yendo más allá de la sanción de infracciones puntuales, de modo que su actuación genere efectos preventivos, correctivos, disuasivos y ejemplarizantes.

Esa tarea implica (i) entender la tipología de las diferentes formas de infracción, (ii) proceder racionalmente respecto de cada una de las formas, y (iii) usar de manera inteligente las facultades de IVC, respecto de cada una de esas modalidades de ilícitos. En los párrafos que siguen, ponemos a consideración una visión y propuesta a esos aspectos.

1. TIPOS DE INFRACCIÓN

Para los efectos de este escrito, las infracciones a las disposiciones de protección al consumidor pueden diferenciarse atendiendo si existió, por parte del infractor, la intención de defraudar a los consumidores, a las que denominaremos "Defraudatorias." Respecto de las infracciones que no tienen la intención de defraudar a los consumidores, se distinguen dos tipos, a saber: (i) las que ocurren a pesar del empresario y sus procedimientos, de "Simple Ocurrencia"; y (ii) aquellas que son consecuencia de un procedimiento errado o insuficiente o de una lectura errónea de la ley, que llamaremos "Infracciones por Desviación". A continuación, las analizaremos en detalle:

1.1 INFRACCIONES DE SIMPLE OCURRENCIA

En ocasiones, a pesar de que el productor y/o proveedor realizó su mejor esfuerzo para garantizar los derechos de los consumidores a recibir productos de calidad³, con seguridad e indemnidad⁴ en un contexto de información adecuada,⁵ el producto no cumple con los estándares legales adecuados.

En esos eventos, aunque el productor y/o proveedor nunca actuó con la finalidad de atentar contra los derechos de los consumidores o usuarios, se

3 Ley 1480 de 2011, por medio de la cual se expide el Estatuto del consumidor y se dictan otras disposiciones, octubre 12 de 2011[D.O] 48.820 (Colom.), numeral 1.1., artículo 3.

4 Ibid. numeral 1.2., artículo 3.

5 Ibid. numeral 1.2., artículo 3.

presentan condiciones que impiden que el usuario reciba el producto o que lo reciba de acuerdo con lo que corresponde.

1.2 INFRACCIONES POR DESVIACIÓN

En oportunidades se presentan violaciones a las normas del consumidor porque, aunque tienen el ánimo de hacer las cosas bien, se sigue, por parte de proveedores o fabricantes, un procedimiento errado o insuficiente o porque tienen un mal entendimiento de la norma.

En esos casos, habiendo querido cumplir, no lo logran.

1.3 PRÁCTICAS DEFRAUDATORIAS

Pero, indudablemente, hay casos de prácticas defraudatorias. Se presenta una práctica defraudatoria cuando el empresario estructura un esquema encaminado a defraudar a los consumidores respecto de alguna de las variables que materializan sus derechos.

2. OBJETIVOS DE IVC DEPENDIENDO DEL TIPO DE INFRACCIÓN

El objetivo general de la IVC por parte de las autoridades respecto de las disposiciones sobre protección al consumidor, es asegurar los derechos individuales y colectivos de los consumidores, promoviendo el cumplimiento efectivo de las normas.

El propósito específico o énfasis varía dependiendo de si se enfrenta a una infracción de Simple Ocurrencia, a una Infracción por Desviación o a una Práctica Defraudatoria. A continuación, las analizaremos en detalle:

2.1 PARA INFRACCIONES DE SIMPLE OCURRENCIA

El riesgo de que se presenten condiciones ajenas a la voluntad de las partes, que impidan la satisfacción del consumidor, no recae en el consumidor, sino en quienes se lucran de la actividad empresarial correspondiente, premisa que se materializa en la garantía legal presunta.⁶

En ese orden de ideas, cuando se presenta una infracción por Simple Ocurrencia, el objetivo debe ser asegurar la reparación e indemnización, por parte del empresario, a los consumidores afectados.

A ese efecto, en el artículo 10 del Estatuto del Consumidor, se señala que "[a]nte los consumidores, la responsabilidad por la garantía legal recae

6 Ley 1480 de 2011 (...) arts. 7 y 10.

solidariamente en los productores y proveedores respectivos⁷ y, en el artículo 56 las acciones jurisdiccionales con que cuenta el consumidor, entre las cuales están: "1. Las populares y de grupo reguladas en la ley 472 de 1998 (...); 2. Las de responsabilidad por daños por producto defectuoso, definidas en esta ley, que se adelantarán ante la jurisdicción ordinaria; 3. La acción de protección al consumidor, mediante la cual se decidirán los asuntos contenciosos que tengan como fundamento la vulneración de los derechos del consumidor por la violación directa de las normas sobre protección a consumidores y usuarios, los originados en la aplicación de las normas de protección contractual contenidas en esta ley y en normas especiales de protección a consumidores y usuarios; los orientados a lograr que se haga efectiva una garantía; los encaminados a obtener la reparación de los daños causados a los bienes en la prestación de servicios contemplados en el artículo 18 de esta ley o por información o publicidad engañosa, independientemente del sector de la economía en que se hayan vulnerado los derechos del consumidor."⁸

Las facultades de IVC en ese nivel, deben ser usadas sólo para los eventos en que los destinados a responder evadan los procedimientos para atender las reclamaciones o, una vez establecida la responsabilidad, se alejen del cumplimiento de los fallos o soluciones conciliadas.

En nuestro entendimiento, es una mala idea que las autoridades de protección al consumidor vean en ese tipo de infracciones la necesidad de sancionar administrativamente.

De un parte, en tanto, si bien la responsabilidad patrimonial frente al consumidor es de naturaleza objetiva,⁹ no podría decirse lo mismo de la de tipo administrativo.¹⁰ Así, han sido erradas las decisiones en que la inversión de la carga de la prueba prevista para que el productor o distribuidor deba honrar la garantía legal con la demostración del daño, se ha hecho extensiva al proceso administrativo sancionatorio.

Pero, en segundo lugar y principalmente, en tanto una actitud de esa naturaleza desestimula que el productor o proveedor se adelante a solucionar el tema, por temor a que su proactividad lo lleve a una multa.

Un ejemplo ilustrativo se da cuando, por omisión el proveedor no señala la fecha de cierre de una oferta, como se exige para las promociones. En ese caso, lo que debe hacer ese empresario es, lo más pronto posible, difundir el tiempo límite, en las mismas condiciones en que publicitó la oferta. Si procede de esa manera, deberá honrar lo prometido a todos los que hicieron uso de las condiciones mientras no había anunciado la fecha. Con ello, se lograría certeza para los destinatarios y cumplimiento a todos los que de

7 Ley 1480 de 2011, (...) art. 10.

8 Ley 1480 de 2011, (...) art. 56.

9 Ley 1480 de 2011, (...) art. 21.

10 Constitución Política Colombiana [C.P.] art. 4. Julio 7 de 1991 (Colom.), art.90.

buena fe acudieron al llamado de la promoción; pero, si en esa situación la autoridad de protección al consumidor toma la publicación complementaria como una prueba de que originalmente se hizo la promoción sin todos los elementos que exige la ley para un proceso sancionatorio, el empresario tendrá un desincentivo muy poderoso para no hacer la corrección y nos alejaremos del objetivo primordial en este tipo de infracciones, sacrificando la compensación de los consumidores por un ánimo sancionatorio sin razón.

2.2 EN LOS CASOS DE LAS INFRACCIONES POR DESVIACIÓN

Cuando se presenten Infracciones por Desviación, resulta útil acudir a las facultades de IVC.

En estos eventos se trata de empresarios que no logran cumplir con sus objetivos. Son fabricantes o proveedores que, al diseñar los procedimientos o sistemas para cumplir con las obligaciones que tienen para con los usuarios, no lo logran o que, de buena fe tienen una lectura errónea de la ley.

Para estas hipótesis es necesario el uso de las funciones de IVC. De un lado, para crear condiciones e incentivos que prevengan que esas dos causas no ocurran, esto es para asegurar que los procedimientos que se implementen sean efectivos y eficientes para el cumplimiento de la ley y, de otro, para que no se den lecturas equivocadas de las normas.

En la segunda parte de este trabajo, presentamos diversas propuestas que tienen como objetivo optimizar y potenciar el uso de las funciones de IVC.

2.3 PRÁCTICAS DEFRAUDATORIAS

Finalmente están las violaciones a las garantías de los consumidores, resultado de la intención de productores o proveedores de incrementar su provecho a costa de no llenar las legítimas y legales expectativas de esos consumidores, al no cumplir la ley.

En estos eventos, es imperativo que las autoridades administrativas ejerzan todo el poder de sus facultades para desincentivar estos comportamientos, hacer que los réditos del actuar mal intencionado sean sustancialmente menores que los costos de las reparaciones jurisdiccionales y las multas, que sufran el escarnio público, sean identificados por los futuros consumidores como malas opciones y que reincidir en estas condiciones les resulte sumamente perjudicial.

3. FUNCIONES, FACULTADES Y SUPERVISIÓN INTELIGENTE

Tratándose de derechos colectivos y del orden público económico, como es el caso de los derechos de los consumidores, el cumplimiento de las

disposiciones es necesario, no sólo para el bienestar de el o los individuos, sino también para toda la colectividad. En ese caso, una de las alternativas con que cuenta el Estado para protegerlos, es encomendar la misión de que se cumplan a entidades administrativas de Supervisión.

Como funciones de IVC¹¹ se agrupan los poderes que se le confieren a autoridades administrativas para procurar que se cumplan esas disposiciones.¹² Dentro de esos poderes, reconociendo la dificultad conceptual para su encasillamiento,¹³ encontramos facultades preventivas, correctivas, y sancionatorias.¹⁴

- 11 Además, Claudia Jiménez Jaramillo señaló que “[l]a función de inspección, vigilancia y control es una facultad de carácter operativo, que busca asegurar el respeto de la reglamentación expedida por los organismos competentes a través de mecanismos preventivos y represivos”. Y se refirió a cada una de estas indicando que “la misión de control atribuida a algunas autoridades administrativas incluye facultades de tipo preventivo y represivo; puede entenderse entonces por vigilancia, la facultad de orden preventivo y permanente con el fin de instruir las instituciones en el cumplimiento de sus deberes, certificar o aprobar determinados actos y velar por el respeto de las normas aplicables al sector; por inspección o supervisión, el poder preventivo ejercido de forma ocasional, que se refiere sobre todo a la facultad de investigación de la autoridad; finalmente, hace parte de la misión de control, la facultad de represión a través de la imposición de una sanción.” Claudia Jiménez Jaramillo, “Un régimen jurídico propio de las actividades de vigilancia y control”. *Con-texto*. 26–32. n.º 6 (diciembre):26-32. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/1728>.
- 12 El Consejo de Estado ha mencionado que “la función administrativa de inspección comporta la facultad de solicitar información de las personas objeto de supervisión, así como de practicar visitas a sus instalaciones y realizar auditorías y seguimiento de su actividad; la vigilancia, por su parte, está referida a funciones de advertencia, prevención y orientación encaminadas a que los actos del ente vigilado se ajusten a la normatividad que lo rige; y, finalmente, el control permite ordenar correctivos sobre las actividades irregulares y las situaciones críticas de orden jurídico, contable, económico o administrativo.” Consejo de Estado [C.E.] [Highest Court on Administrative Law], Sala de Consulta y Servicio Civil. 16 de abril de 2015, C.P. William Zambrano Cetina. Expediente. 2014-00174-00 (2223). (Colom.)
- 13 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], abril 10, 2019., 1995, Sentencia C-165/19 M.P. Alejandro Linares, Expediente No. D-12536 (Colom.).
- 14 La Corte Constitucional en la sentencia C-570 de 2012 concluyó que se caracterizan por: “i) la función de inspección se relaciona con la posibilidad de solicitar y/o verificar información o documentos en poder de las entidades sujetas a control; (ii) la vigilancia alude al seguimiento y evaluación de las actividades de la autoridad vigilada, y (iii) el control en estricto sentido se refiere a la posibilidad del ente que ejerce la función de ordenar correctivos, que pueden llevar hasta la revocatoria de la decisión del controlado y la imposición de sanciones. Como se puede apreciar, la inspección y la vigilancia podrían clasificarse como mecanismos leves o intermedios de control, cuya finalidad es detectar irregularidades en la prestación de un servicio, mientras el control conlleva el poder de adoptar correctivos, es decir, de incidir directamente en las decisiones del ente sujeto a control” *Ibíd.* Citando C-570 de 2012. Abril 10 de 2019.

Las funciones de tipo preventivo, corresponden a aquellas que tiene la Superintendencia de Industria y Comercio para dar instrucciones sobre cómo se debe cumplir la ley. Por ejemplo, el precio por unidad de medida (PUM), corresponde a "la cifra en pesos resultante de dividir el precio total de cada bien por la cantidad en que se expresa el contenido del mismo (neta de masa, volumen o longitud)"¹⁵, el cual le "permite al consumidor conocer y comparar los precios de los productos y escoger aquel que tiene el menor precio, independientemente del tamaño del envase o empaque."¹⁶

O la devolución del cambio al consumidor, respecto de las cuales según el numeral 2.3.1.4 del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio "(...) [s]erá responsabilidad del establecimiento disponer de las denominaciones necesarias para suministrar al consumidor el cambio correcto. En ningún caso el cambio podrá ser inferior al que arroje la cuenta"¹⁷. Además, la Superintendencia de Industria y Comercio aclaró que "aunque la disposición hace referencia solo a los grandes almacenes, no significa que los demás proveedores de bienes y servicios no se encuentren obligados a entregar "vueltas" exactas a los consumidores y, en caso de no ser posible, deberá redondearse hacia arriba."¹⁸

Las funciones de tipo correctivo, son las que se tienen para ordenar la corrección de errores, o dictar medidas cautelares, como en los casos de publicidad engañosa cuando la Superintendencia de Industria y Comercio está ampliamente facultada para decidir cómo corregir lo ocurrido.

Y las funciones de tipo sancionatorio, agrupan las que acarrear una consecuencia de reproche social o pecuniario a un comportamiento ilegal.

3.1 FACULTADES PREVENTIVAS Y SU USO INTELIGENTE

Si se usan de manera creativa, acudir a las facultades preventivas puede ser muy significativo para una efectiva protección de los consumidores. Veamos:

3.1.1 Conceptos no vinculantes pero útiles

Es posible usar la facultad de conceptuar de modo poderoso, si se hace de modo público, de fácil acceso, sistematizadamente por fechas y logrando que actuar acorde con la doctrina vigente sea tenido como causal de ausencia de culpa y lleve a que no se dé una sanción.

15 Circular Única. [Superintendencia de Industria y Comercio]. 19 de julio de 2001. (Colom). Título II, Capítulo II, numeral 2.3.3.2, definiciones.

16 Ibidem.

17 Circular Única (...), numeral 2.3.1.4. del Capítulo Segundo del Título III.

18 Superintendencia de Industria y Comercio. Rad No. 17- 69998 -00001-0000. Trámite 113. Actuación 440. Folios 13. Recuperado de: <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Boletin-juridico/2017/Rad17069998de4May2017PublicidadIncentivo.PDF>

Las entidades públicas tienen la facultad¹⁹ de emitir conceptos no vinculantes²⁰ sobre las materias de su conocimiento.²¹ Esas opiniones "(...) desempeñan una función orientadora y didáctica que debe realizar la autoridad pública bajo el cumplimiento de los supuestos exigidos por la Constitución y las leyes."²²

3.1.1.1 Públicos

Para que los conceptos sean útiles, es necesario que sean públicos, organizados técnicamente y de fácil acceso.

Los desarrollos y todos los esfuerzos en esa dirección tendrían más que suficiente soporte en lo que se prevé en el artículo 3 de la ley 1712 de 2014, en que se refieren a los principios de:²³ (i) transparencia, según el cual toda la información en poder de entidades públicas es pública, salvo norma en contrario; (ii) facilitación, conforme al cual se deberán excluir exigencias o requisitos; (iii) calidad de la información, para que sea producida, gestionada y difundida en formatos accesibles; y (iv) divulgación proactiva de la información, en que se recalca el deber de promover su acceso, generar mecanismos para ello, así como publicar y divulgarlos.

En el artículo 7 de la mencionada ley se indica que esa información sobre los conceptos "deberá estar a disposición del público (...) a través de medios físicos, remotos o locales de comunicación electrónica. Los sujetos obligados deberán tener a disposición de las personas interesadas dicha información en la Web, a fin de que estas puedan obtener la información, de manera directa o mediante impresiones (...)." ²⁴

3.1.1.2. Fecha de emisión y cambios

Para que sea factible identificar si el destinatario de la disposición actuó en confianza de una doctrina vigente, es preciso que se señale la fecha en la cual se emite el concepto y haga expreso cuando está realizando un cambio de posición o de doctrina.

19 Ibidem.

20 Ibidem.

21 Ley 1755 de 2017, Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", junio 30 de 2015 [D.O] 49.559 (Colom.), art. 28.

22 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], abril 10, 2019., 1995, Sentencia C-542/05 M.P. Humberto Sierra Porto, Expediente No. D-5480. (Colom.).

23 Ley 1712 de 2014, Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones, marzo 6 de 2014 [D.O] 49.559 (Colom.), 49.084 art.3.

24 Ibíd. art 7.

3.1.1.3 Eximente de responsabilidad

Ahora, lo que resulta crítico es que, si el destinatario de la norma obró de conformidad con la doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio, Financiera u otra entidad correspondiente, esa condición no sea tenida en cuenta como una eximente de responsabilidad administrativa.²⁵

Ese alcance no afectará la naturaleza propia de los conceptos y doctrina, pues las autoridades siempre estarían en posibilidad de cambiar de opinión. Tampoco sacrificaría a los usuarios puesto que, si un juez o entidad con funciones jurisdiccionales piensa diferente, bien podría decidir en contrario.

Pero, se le daría peso y fuerza a que los particulares destinatarios de las normas conozcan la doctrina y actúen en correspondencia, con la seguridad que al hacerlo evitan las sanciones previstas para la infracción.

3.1.1.4 Afectaciones individuales

Tener como no sancionable la conducta de quien actuó en apego a la interpretación vigente de la autoridad administrativa correspondiente, no afectaría de ninguna manera las opciones que tienen los consumidores para debatir jurisdiccionalmente los casos particulares con el fin de obtener una indemnización frente a los daños causados bien sea por el productor, proveedor o prestador.

3.1.2 Instruir a los destinatarios

La Superintendencias de Industria y Comercio, y Financiera de Colombia, tienen la facultad de instruir como se deben cumplir las disposiciones de protección al consumidor,²⁶ fijar criterios que faciliten su cumplimiento y señalar el procedimiento para su cabal aplicación.²⁷ Esa facultad permite que

25 Héctor Patiño. Las Causales Exonerativas De La Responsabilidad Extracontractual. ¿Por Qué Y cómo Impiden La Declaratoria De Responsabilidad? Aproximación a La Jurisprudencia Del Consejo De Estado». *Revista de derecho Privado*, n.º 20 (junio) 2011 :371-98. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/289>

26 En el artículo 59 de la ley 1480 de 2011 (...) se señalan las facultades administrativas de la Superintendencia de Industria y Comercio entre las cuales está "[i]nstruir a sus destinatarios sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones en materia de protección al consumidor, fijar los criterios que faciliten su cumplimiento y señalar los procedimientos para su aplicación." Ley 1480 de 2011, art. 59. Ver así mismo artículo 11.2.1.4.2 del decreto 2555 de 2010.

27 Decreto 4886 de 2011. 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. [D.O] 48.294. (Colom.). Numeral 55 del artículo 1 del decreto 4886 de 2011, en el cual se establece que la Superintendencia de Industria y

se dicten directrices de cómo operar, de manera que, si se obra del modo instruido, el riesgo de afectar a los consumidores se reduzca muy sustancialmente. Hacerlo, entonces es una medida de protección muy efectiva para los consumidores que necesita, que quien proceda como la autoridad ha señalado, no sea sancionado administrativamente si a pesar de ello se afecta a un consumidor individual, con independencia de que a ese consumidor si se le deba reparar lo que haya sufrido.

3.1.2.1 Para reducir el riesgo

Es necesario que el procedimiento que se implemente sea idóneo para llevar el riesgo a un nivel adecuado. Las Superintendencias de Industria y Comercio, la Superintendencia Financiera de Colombia, entre otras autoridades con esa posibilidad de instrucción para la protección de consumidores, deben hacer uso de su facultad cuando, al adoptarse un procedimiento, sistema o protocolo, con ello se reduzca la posibilidad de que el consumidor sea afectado respecto del tema de que se trate.

Los empresarios tienen la obligación de hacer público el precio de sus productos o servicios. Y, en materia financiera hay, para muchos de esos, indicaciones sobre cómo se debe proceder, dónde se hacen los anuncios, cómo se verifican, qué cuidados tomar cuando hay variaciones etc. Si las vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia actúan de conformidad con lo ordenado, es muy poco probable que no se haga público ese valor y se afecte un consumidor.

En lo relacionado con la disponibilidad de repuestos, la Superintendencia de Industria y Comercio ha dado indicaciones para revisar cual es el nivel de rotación que tienen y que se conserven inventarios acorde con esa condición.²⁸ De esa manera, en casi la totalidad de los casos se contará con uno a tiempo,²⁹ sin que se fuerce a todos los proveedores a costos exagerados e injustificados.³⁰

3.1.2.2 Mecanismos para vigilar que se cumpla la instrucción

Luego de la creación de los procedimientos o parámetros idóneos para llevar el riesgo a un nivel aceptable para la Autoridad correspondiente, resulta

Comercio tiene la función de “[i]mpartir instrucciones en materia de protección al consumidor, (...) fijar criterios que faciliten su cumplimiento y señalar los procedimientos para su cabal aplicación”.

28 Ley 1480 de 2011, (...) art. 11.

29 Decreto 1074 de 2015, Por medio del cuál se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo (Colom.). “ art. 2.2.2.32.3.1.

30 Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio. (...). Título II. Art. 1.2.2.2.3.

necesario implementar mecanismos de supervisión que permitan evidenciar que efectivamente se está llevando a cabo el procedimiento.

Lo efectivo a ese respecto es que se otorgue un plazo para la adecuación por parte de los destinatarios y se establezca una manera de certificar que se procedió. Y, luego, existan mecanismos permanentes y periódicos idóneos para que la Autoridad tenga información sobre que siempre, en todo momento, se está obrando de conformidad con el estándar, procedimiento o sistema correspondiente.

Ello, como corresponde, reforzado con la posibilidad de hacer visitas, reaccionar ante quejas y todos los demás usos de las facultades de IVC.

3.1.2.3 No cumplir lleve a sanciones

Expedida la instrucción, la Entidad correspondiente no emplearía más sus facultades de inspección, vigilancia y control, en particular la posibilidad sancionatoria para casos individuales y aislados, sino en procurar identificar si el procedimiento efectivamente se está cumpliendo.

De ese modo se incentiva y asegura que los destinatarios obren de conformidad con el estándar ordenado, en la seguridad que al hacerlo no se verán multados si es que en algún caso excepcional, a pesar de ello, un consumidor se ve afectado.

3.1.2.4 Las afectaciones individuales se reparan

Como se explicó, las sanciones en este caso serían por incumplir con el procedimiento y no por infracciones individuales; pero, en todo caso, si hubo un consumidor afectado, independientemente de que no haya una sanción por cada consumidor, al consumidor hay que repararlo si es que se le afectó.

3.1.3 Prácticas inseguras o no autorizadas

En el numeral 5 del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se prevé, para esa Entidad sobre sus vigiladas, la posibilidad de “[e]mitir las órdenes necesarias para que se suspendan de inmediato las prácticas ilegales, no autorizadas e inseguras y se adopten las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento cuando la Superintendencia considere que alguna institución sometida a su vigilancia ha violado sus estatutos o alguna disposición de obligatoria observancia, o esté manejando sus negocios en formas no autorizada o insegura.”³¹

31 Decreto ley 663 de 1993. Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración.”. [D.O] 40.820 (Colom.).

Esa posibilidad está acorde con la naturaleza cambiante de las condiciones en las que operan los mercados dentro de los cuales se dan las relaciones de consumo. Esa alternativa debe ser usada por esa Entidad y hacerse extensiva a la de Industria y Comercio, cada una en su ámbito para neutralizar hipótesis que pueden no haber sido tipificadas, pero que afectan a los consumidores.

3.1.3.1 Condiciones nocivas que no eran contrarias a derecho

Las condiciones que no han sido declaradas como no autorizadas o inseguras no necesariamente son ilegales o contrarias al derecho; sin embargo, una vez las mismas son declaradas como tal, se vuelven ilegales y pueden acarrear consecuencias para quienes las realicen.

3.1.3.2 Plazo razonable para acomodarse

Cuando se declare una práctica como no autorizada o insegura, se requiere un plazo para que los destinatarios de la instrucción puedan ajustarse a la nueva regulación. Ese plazo permite que los destinatarios realicen los cambios necesarios en sus operaciones y procesos comerciales, minimizando el impacto en su funcionamiento.

Durante ese periodo, los destinatarios deben revisar sus prácticas actuales, identificar las áreas que necesitan modificaciones, capacitar a su personal en los nuevos procedimientos y asegurarse de cumplir con lo establecido por la Superintendencia.

3.1.3.3 Esquema de seguimiento

Es importante que exista un mecanismo para verificar que se está adelantando el procedimiento para desmontar la práctica.³²

De ahí que, el mecanismo de verificación puede incluir la realización de visitas de inspección por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio con el objetivo de evaluar el grado de cumplimiento de la instrucción y el progreso en el desmontaje de la práctica no autorizada o insegura. O también se puede solicitar la presentación de informes periódicos, en los que se detallen los avances realizados en el proceso de adaptación a la nueva regulación y se identifiquen los obstáculos o dificultades encontradas.

art. 326.

32 Decreto 4886 de 2011 (...), art. 56.

3.2 FACULTADES SANCIONATORIAS Y SU USO INTELIGENTE

Las facultades sancionatorias deben emplearse para disuadir a las personas de realizar prácticas defraudatorias y estimular a que se adopten los mecanismos de prevención que hemos comentado.

Para que la sanción sirva a los consumidores que se protegen, deben implicar que, al sumar la sanción y la indemnización, la práctica o conducta deje de ser rentable.

Quien incurre en una práctica defraudatoria de los consumidores lo hace porque obtener beneficios económicos de manera deshonesto les resulta ventajoso. Por ello, con el ejercicio de estas facultades se pretende que tales acciones sean desfavorables desde el punto de vista económico.

Para lograr ese propósito se necesita que la probabilidad de ser descubiertos y sancionados, el valor correspondiente a la reparación de los consumidores afectados y el monto de la sanción impuesta, sea muy superior al rendimiento esperado por incurrir en prácticas defraudatorias.

En la búsqueda de ese objetivo, los siguientes elementos ayudan:

3.2.1 Sin seguro y sumadas a las personales

Debe mantenerse la prohibición de que las personas que realizan prácticas defraudatorias estén cubiertas por cualquier tipo de seguro, por lo que no podrán hacer efectivo ningún seguro para cubrir el monto de la reparación o el valor de la sanción. Esta medida busca garantizar que quienes realizan este tipo de prácticas asuman las consecuencias de sus acciones.

Para las infracciones defraudatorias se propone siempre imponer las sanciones personales a los colaboradores responsables. La fortaleza de estas es grande en la medida que siempre habrá un efecto disuasivo si se tiene presente que los beneficios de la conducta defraudatoria van para la sociedad u organización, mientras que la sanción debe ser asumida por el funcionario.³³

3.2.2 Publicidad

En desarrollo de lo previsto en el numeral 10 del artículo 59 del Estatuto del Consumidor,³⁴ las empresas que realizan prácticas defraudatorias deben

33 Ley 1480 de 2011, (...), artículo 61 "... Cuando se compruebe que los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales, socios, propietarios u otras personas naturales han autorizado o ejecutado conductas contrarias a las normas contenidas en la presente ley, se les podrán imponer multas hasta por trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la imposición de la sanción y la prohibición de ejercer el comercio hasta por cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria de la sanción. ..."

34 Se establece que la Superintendencia de Industria y Comercio tiene la facultad de

ser publicadas, de modo que los consumidores conozcan la identidad de los empresarios que las realizan y reaccionen en consecuencia.

Esta facultad busca garantizar la transparencia y protección de los derechos de los consumidores, debido a que les permite estar informados sobre los empresarios que han incurrido en prácticas defraudatorias, el tipo de prácticas realizadas y la sanción impuesta, lo cual facilita que los consumidores tomen decisiones informadas al momento de realizar compras o contratar servicios.

3.2.3 Significatividad y casos ejemplificantes

Por más que los recursos se incrementen, las Superintendencias siempre los tendrán limitados. En esa medida, es clave que los usen donde mayor efecto se vaya a tener. Es una muy mala idea, por tanto, pretender investigar cada posible infracción a todas las normas de protección a los consumidores. En contraste, se debe usar un criterio de significatividad análogo al que se usa en materia de competencia.³⁵⁻³⁶

De esa manera, se debe privilegiar la investigación de los casos defraudatorios, esto es, aquellos en que los empresarios hayan pretendido sacar provecho de la no observancia de las disposiciones sobre protección a consumidores.

Obviamente, con cuidado de dejar siempre claro que los demás siguen siendo contrarios a derecho y que, por ello, los consumidores afectados pueden acudir a cualquiera de los mecanismos legales que se han previsto para su indemnización y reparación.

"[d]ifundir el conocimiento de las normas sobre protección al consumidor y publicar periódicamente la información relativa a las personas que han sido sancionadas por violación a dichas disposiciones y las causas de la sanción. La publicación mediante la cual se cumpla lo anterior, se hará por el medio que determine la Superintendencia de Industria y Comercio, la Superintendencia Financiera y será de acceso público." Ley 1480 de 2011, (...) art. 59.

35 En el artículo 3 de la ley 1340 de 2009 se indican los propósitos de las actuaciones administrativas, entre los cuales están "[v]elar 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". Ley 1340 de 2009, Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia. [D.O] 47.420 (Colom.). art. 3.

36 Y en el párrafo del mismo, se establece que "[l]a Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los propósitos de que trata el presente artículo al momento de resolver sobre la significatividad de la práctica e iniciar o no una investigación, sin que por este solo hecho se afecte el juicio de ilicitud de la conducta". Ley 1340 de 2009, (...) párrafo, art. 3.

3.2.4 Órdenes replicables

De manera análoga a lo que existe para la Superintendencia Financiera de Colombia, en el numeral 55 del artículo 1 del decreto 4886 de 2011 se prevé para la Superintendencia de Industria y Comercio “[i]mpartir instrucciones en materia de protección al consumidor (...).”³⁷

Para que esas no sean solo útiles al destinatario de la orden, sin que se puedan seguir por parte de todos los empresarios que estén en una misma situación, es necesario que se redacten en forma amplia y clara, lo cual permite que los fabricantes y proveedores tengan una comprensión general de lo que se espera de ellos en términos de protección al consumidor, permitiendo que estos ajusten sus prácticas y procedimientos.

3.2.5 La reincidencia debe ser grave

Finalmente, consideramos necesario conceder segundas oportunidades y creer que todos nos renovamos y corregimos, pero, si se da una nueva acción defraudatoria, la reincidencia por parte de esos empresarios defraudatorios, debe tener consecuencias devastadoras.

Por ejemplo, aplicando sistemáticamente lo previsto en el numeral 3 del artículo 61 de la ley 1480 de 2011, en que se establece que “[e]n caso de reincidencia y atendiendo a la gravedad de las faltas, cierre definitivo del establecimiento de comercio o la orden de retiro definitivo de una página web portal en Internet o del medio de comercio electrónico utilizado.”³⁸

CONCLUSIONES

En definitiva, la implementación de un enfoque de supervisión inteligente que considere la tipología de las infracciones y adapte las facultades de inspección, vigilancia y control (IVC) a cada tipo de infracción puede mejorar sustancialmente la protección de los derechos de los consumidores. Este enfoque permite a las autoridades ir más allá de la mera sanción, promoviendo un entorno de cumplimiento y prevención que beneficia tanto a los consumidores como a las empresas.

Para las infracciones de simple ocurrencia, la IVC debe centrarse en asegurar la reparación oportuna y eficiente a los consumidores afectados. En los casos de infracción por desviación, las autoridades pueden utilizar sus facultades preventivas y correctivas para orientar a las empresas en la adopción de mejores prácticas y procedimientos más sólidos.

37 Decreto 4886 de 2011(...), art. 1, numeral 55.

38 Ley 1480 de 2011 (...), art. 61, numeral 3.

Finalmente, frente a las prácticas defraudatorias, se requiere una respuesta sancionatoria firme que disuada de manera efectiva tales conductas y que incluya, cuando sea necesario, medidas publicitarias para informar a la comunidad y sanciones ejemplares para aquellos que reincidan.

En este contexto, la supervisión inteligente se presenta no solo como una herramienta de control, sino también como un mecanismo pedagógico y preventivo que puede transformar la forma en que las empresas abordan sus obligaciones legales y la relación con los consumidores.

BIBLIOGRAFÍA

Corte Constitucional. Sala Plena. *Sentencia C-542 de 2005*. Ref. Expediente D-5480. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Mayo 24, 2005.

Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. Alejandro Linares Cantillo. Ref. Expediente D-12536. Abril 10, 2019.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P. William Zambrano Cetina. *Rad. No. 11001-03-06-000-2014-00174-00 (2223)*. Abril 16, 2015.

Congreso de la República de Colombia. *Ley 1480 de 2011. Estatuto del Consumidor*. 2011. Disponible en: <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/ley1480de2011.pdf>.

Congreso de la República de Colombia. *Ley 1755 de 2017. Por medio de la cual se regula el derecho de petición*. 2017. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/documents/418537/560990/Ley+1755+de+2017.pdf>

Jiménez Jaramillo, Claudia. "Un régimen jurídico propio de las actividades de vigilancia y control." *Con-texto*, 1999.

Presidencia de la República de Colombia. *Decreto Ley 663 de 1993. Por el cual se expide el Código de Comercio*. 1993. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/documents/418537/560990/Decreto+663+de+1993.pdf>.

Presidencia de la República de Colombia. *Decreto 4886 de 2011. Por el cual se modifica el Decreto 356 de 1994*. 2011. Disponible en: <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/Decreto4886de2011.pdf>.

Presidencia de la República de Colombia. *Decreto 1074 de 2015. Por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo*. 2015. Disponible en: <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/Decreto1074de2015.pdf>.

Patiño, H. "Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual. ¿Por qué y cómo impiden la declaratoria de responsabilidad? Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado." *Revista de Derecho Privado* 20 (junio de 2011).

Superintendencia de Industria y Comercio. «Rad. n.º 17-69998 de 4 de mayo de 2017. Publicidad e Incentivo.» Última modificación 4 de mayo de 2017. Disponible en: <https://sedeelectronica.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/062017/Rad17069998de4May2017PublicidadIncentivo.PDF>.

Superintendencia de Industria y Comercio. *Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio*. Última modificación 12 de diciembre de 2022. Disponible en: <https://www.sic.gov.co/circular-unica>.