

Bogotá D.C.,

10

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO	
RAD: 14-000375- -00001-0000	Fecha: 2014-02-14 16:03:24
DEP: 10 OFICINAJURIDICA	
TRA: 113 DP-CONSULTAS	EVE: SIN EVENTO
ACT: 440 RESPUESTA	Folios: 1

Señora
MARIA CAMILA VALDES
macavaja_6@hotmail.com

Asunto: Radicación: 14-000375- -00001-0000
Trámite: 113
Evento: 0
Actuación: 440
Folios: 1

Estimado(a) Señora:

Con el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, damos respuesta a su consulta radicada en esta Oficina con el número señalado en el asunto, en los siguientes términos.

1. Consulta

La peticionaria formula la siguiente consulta:

“(…) Al tenor del artículo 43 de la ley 1480 de 2011, qué debe entenderse por “cláusulas abusivas ineficaces de pleno derecho” resaltando el valor y la interpretación que la SIC le da al “ineficaz de pleno derecho”? Cómo debe entender un consumidor una cláusula de la lista del artículo 43? ¿Qué tratamiento debe darse? (…)”

2. Materia objeto de la consulta

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

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

Dentro del ámbito de las referidas competencias a continuación damos respuesta a su consulta.

2.1 El régimen de protección al consumidor

La Ley 1480 de 2011 - Estatuto del Consumidor – constituye el marco general de las disposiciones aplicables a las relaciones de consumo, las cuales se presentan en relación con quienes adquieren un bien o servicio, para satisfacer una necesidad propia, privada, familiar o empresarial que no esté ligada intrínsecamente con su actividad económica. (1)

La Corte Constitucional ha considerado que el derecho del consumo es de carácter poliédrico, ya que comprende asuntos de carácter sustancial, procedimental y de participación:

“Los derechos del consumidor, no se agotan en la legítima pretensión a obtener en el mercado, de los productores y distribuidores, bienes y servicios que reúnan unos requisitos mínimos de calidad y de aptitud para satisfacer sus necesidades, la cual hace parte del contenido esencial del derecho del consumidor. El derecho del consumidor, cabe advertir, tiene carácter poliédrico. Su objeto, en efecto, incorpora pretensiones, intereses y situaciones de orden sustancial (calidad de bienes y servicios; información); de orden procesal (exigibilidad judicial de garantías; indemnización de perjuicios por productos defectuosos; acciones de clase etc.); de orden participativo (frente a la administración pública y a los órganos reguladores).” (2)

2.2 Cláusulas prohibidas y cláusulas abusivas

2.2.1 Cláusulas prohibidas

El artículo 38 de la Ley 1480 de 2011 prohíbe la inclusión de ciertas cláusulas en los contratos de adhesión:

“CLÁUSULAS PROHIBIDAS. En los contratos de adhesión, no se podrán incluir cláusulas que permitan al productor y/o proveedor modificar unilateralmente el contrato o sustraerse de sus obligaciones.” (3)

Para efectos de la interpretación del referido artículo, se debe tener en cuenta la definición que de los contratos de adhesión provee el mismo Estatuto:

“4. Contrato de adhesión: Aquel en el que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas.” (4)

Es de resaltar que dicha prohibición resulta aplicable exclusivamente para los contratos de adhesión, sin embargo, y según se estudiará a continuación, la prohibición de las cláusulas abusivas resulta aplicable para la totalidad de contratos suscritos con consumidores.

Al respecto la doctrina consideró:

“Sin embargo, resalta que en la disposición del artículo 42 del Estatuto del Consumidor

no se condiciona la calificación de cláusula abusiva a que ésta haga parte de un contrato de adhesión, o al carácter de condición general: sino que la única condición que se consagró fue la de que se produzca un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor, situación que debe ser valorada teniendo en cuenta todas las condiciones de la transacción particular que se analiza.” (5)

2.2.2 Cláusulas abusivas

Dentro de los derechos consagrados en la Ley 1480 de 2011 a favor de los consumidores se encuentra el ser protegidos de las cláusulas abusivas, en este sentido el numeral 1.6 del artículo 3 de Estatuto del Consumidor dispone:

“1.6. Protección contractual: Ser protegido de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, en los términos de la presente ley.” (6)

Las cláusulas abusivas se encuentran reguladas en el capítulo tercero de la Ley 1480 de 2011, dentro del cual se encuentra su definición y prohibición:

“CONCEPTO Y PROHIBICIÓN. Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza. Los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, En caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho.” (7)

En relación con las cláusulas abusivas la doctrina ha considerado que existen principalmente dos tipos de éstas:

“(…) El listado obedecen en general a una sistematización bajo dos categorías generales así:

1. Cláusulas de desequilibrio entendidas como todas aquellas cláusulas que otorgan grandes ventajas al empresario profesional mas no simultáneamente al consumidor o aquellas cláusula (sic) que establecen ciertos pesos al consumidor mas no al profesional. En todo caso el factor común determinante es el desequilibrio.

Ese desequilibrio puede ser sobre la disponibilidad del vínculo contractual o sobre el régimen de responsabilidad bien del consumidor o bien del empresario o profesional, como sucedería con las cláusulas contractuales que limitan o modifican acciones o derechos, o aquellas que incluso restringen el régimen común de la responsabilidad, o aquellas cláusulas que se pactan sobre la protección u otorgamiento de los derechos, como el de la interpretación o resolución unilateral del contrato, o que en últimas restringen la libertad contractual.

2. El segundo grupo son las cláusulas sorpresa esta (sic) son todas aquellas que permiten una ejecución del contrato significativamente diferente a aquel que razonablemente se podría esperar, es así como el común denominador es la sorpresa.

Como serian (sic) la sorpresa sobre el vínculo esto es aquellas que se aplican cuando se

da una situación imprevista como sería una cláusula que permita la terminación unilateral de manera indeterminada y sin preaviso.

Incluso también podrían ser aquellas cláusulas sorpresa sobre el contenido contractual, como cuando se impone al consumidor que se soporte un contenido contractual incluso inesperado como cuando la adhesión se hace sobre cláusulas que no se han podido conocer antes de la celebración del contrato. O que se establezca que el precio lo definirá al momento de entrega del producto. O que se permita un *ius variandi* injustificado o excesivo.

Finalmente se encuentran aquellas cláusulas sorpresa sobre la contraparte al permitir el cambio de la parte fuerte en un tercero incluso aunque vengán disminuidos los derechos del consumidor.” (8)

Adicionalmente, se establece una lista de cláusulas abusivas que serán consideradas ineficaces de pleno derecho:

“CLÁUSULAS ABUSIVAS INEFICACES DE PLENO DERECHO. Son ineficaces de pleno derecho las cláusulas que:

1. Limiten la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley les corresponden;
2. Impliquen renuncia de los derechos del consumidor que por ley les corresponden;
3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;
4. Trasladen al consumidor o un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad del productor o proveedor;
5. Establezcan que el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado;
6. Vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumpla sus obligaciones;
7. Concedan al productor o proveedor la facultad de determinar unilateralmente si el objeto y la ejecución del contrato se ajusta a lo estipulado en el mismo;
8. Impidan al consumidor resolver el contrato en caso que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor, salvo en el caso del arrendamiento financiero;
9. Presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo;
10. Incluyan el pago de intereses no autorizados legalmente, sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal.
11. Para la terminación del contrato impongan al consumidor mayores requisitos a los solicitados al momento de la celebración del mismo, o que impongan mayores cargas a las legalmente establecidas cuando estas existan;
12. Obliguen al consumidor a acudir a la justicia arbitral.
13. Restrinjan o eliminen la facultad del usuario del bien para hacer efectivas directamente ante el productor y/o proveedor las garantías a que hace referencia la presente ley, en los contratos de arrendamiento financiero y arrendamiento de bienes muebles.
14. Cláusulas de renovación automática que impidan al consumidor dar por terminado el contrato en cualquier momento o que imponga sanciones por la terminación anticipada, a excepción de lo contemplado en el artículo 41 de la presente ley.” (9)

Sobre el particular la doctrina ha señalado:

“Finalmente además de los criterios genéricos de la buena fe objetiva y el desequilibrio normativo importante donde incluso se hace referencia a la transparencia contractual y la obligación de información, existe el criterio orientador de las listas sobre el cual se puede decir que este es rico con grandes listados negros, grises y en incluso blancos, cuya enumeración dentro del listado dependen en cada país de sus realidades (...)” (10)

Finalmente, el artículo 44 de la Ley 1480 de 2011 regula cómo se debe proceder en caso de que la ineficacia de las cláusulas abusivas no impida la subsistencia de un contrato:

“EFECTOS DE LA NULIDAD O DE LA INEFICACIA. La nulidad o ineficacia de una cláusula no afectará la totalidad del contrato, en la medida en que este pueda subsistir sin las cláusulas nulas o ineficaces.

Cuando el contrato subsista, la autoridad competente aclarará cuáles serán los derechos y obligaciones que se deriven del contrato subsistente.” (11)

2.3 La ineficacia de pleno derecho.

En atención a su consulta se debe tener en consideración la interpretación realizada por la doctrina de los citados artículos 42, 43 y 44 de la Ley 1480 de 2011.

“(...)”

La Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor) y la Ley 1328 de 2009 (Régimen de Protección al Consumidor Financiero) son leyes que ordenan sancionar las cláusulas abusivas con la ineficacia de pleno derecho. En la primera, sus artículos 42 y 43 indican expresamente la mencionada sanción. Sin embargo, a pesar de lo claro y expreso de sus normas, debe resaltarse que el artículo 44 pareciera abrir la puerta a una sanción adicional: la nulidad de la cláusula. (...)”

A pesar de lo expresado por el artículo 44 del estatuto, la cláusula abusiva debe sancionarse con la ineficacia de pleno derecho. Varios argumentos permiten sustentar dicha posición. Primero, si los artículos 42 y 43 se refieren exclusivamente a esa sanción, es razonable pensar que el legislador no tuvo intención de establecer una sanción de otro tipo. Segundo, el artículo 4 de la mencionada ley señala que sus normas deberán interpretarse en la forma más favorable al consumidor y que, en caso de duda, esta deberá resolverse en favor de este último. Por tanto, si la Ley 1480 de 2011 tiene como objeto la defensa del consumidor, la ineficacia de pleno derecho ofrecería una mayor protección a este, pues teóricamente no sería necesario acudir ante las autoridades para que se decretara la invalidez de la cláusula. (...)” (12)

Respecto de esta misma situación también han expresado:

“Por último, la Ley 1480 de 2011 o Estatuto del Consumidor, tiene un tratamiento impreciso del tema al referirse a la nulidad y a la ineficacia de pleno derecho como sinónimos. El artículo 44 dice: “La nulidad o ineficacia de una cláusula no afectará la totalidad del contrato, en la medida en que este pueda subsistir sin las cláusulas nulas o

ineficaces”. El artículo las trata como expresiones sinónimas que distan mucho de serlo. Afortunadamente una lectura completa y sistemática de la Ley 1480 permite, a partir de la revisión de los artículos 42 y 43, concluir que la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos es sancionada, en todos los casos, con ineficacia de pleno derecho. (...)” (13)

Por lo cual, pese a la referencia que se realiza en el artículo 44 de la Ley 1480 de 2011, debe entenderse, según se indica en los artículos 42 y 43 de dicha norma, que las cláusulas abusivas incluidas en los contratos de consumo son ineficaces de pleno derecho.

La ineficacia de pleno derecho ha sido definida en los siguientes términos por la doctrina:

“(…) La fórmula pro non scripta o ineficacia de pleno derecho es entonces una sanción in limine con el que el ordenamiento castiga los actos que violan sus normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres, y consiste en que en los expresos casos señalados en la ley, la específica cláusula o pacto transgresor, y únicamente éste, se borra de pleno derecho de la realidad jurídica y se tiene como si no se hubiera realizado. (...)” (14)

El efecto de la ineficacia de pleno derecho ha sido objeto del siguiente análisis:

“(…) la fórmula pro non scripta es una valoración negativa que se materializa al coincidir la realización del acto dispositivo transgresor con la descripción normativa que impone la effacement o borradura, es decir que esa tachadura se produce de inmediato por el poder de la misma norma y por consiguiente no requiere para su operancia de pronunciamiento judicial alguno.

Sin embargo, el que opere de pleno derecho no impide que pueda ser atestada o contestada, de oficio o a petición de interesado, por el juez (...).

De oficio puede y debe hacerlo el juez porque con su decisión estará reconociendo una situación jurídica que ha sido el resultado de la protección del interés público. (...)

La ineficacia de pleno derecho persigue además la conservación del negocio por ser un desarrollo del principio del favor negotii, razón por la cual sólo se borra aquella parte del acto dispositivo que contraviene el ordenamiento y nunca destruye en su totalidad lo restante.

Con otras palabras, la fórmula pro non scripta se materializa en la parte del acto que contraviene el ordenamiento.

Por esta razón, la ineficacia de pleno derecho determina que no se produzcan los efectos inmediatos ni los efectos finales de la cláusula o pacto que se borra, aunque éste contenga todos sus elementos estructurales, porque se lo impide la destrucción automática que la norma impone. (...) (15)

De acuerdo con lo anterior, cuando en un contrato regulado por el derecho del consumo se incluya una cláusula de aquellas previstas en los artículos 42 y 43 de la Ley 1480 de 2011, dichas cláusulas se tendrán por no escritas y no producirán efectos, sin que sea necesario que así lo declare un juez. Sin embargo, en caso de que se susciten diferentes entre las partes en torno a esta situación, es posible acudir a la jurisdicción con el fin de que así lo declaren.

En principio dicha consecuencia solamente se genera para la cláusula abusiva y podrá subsistir el contrato, siempre y cuando la eliminación de la cláusula ineficaz de pleno derecho no implique la eliminación de un elemento esencial para la existencia del contrato.

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

Notas de referencia:

- (1) Numeral 3, Artículo 5 de la Ley 1480 de 2011.
- (2) Corte Constitucional, Sentencia C-1141 del 30 de agosto de 2000.
- (3) Artículo 38 de la Ley 1480 de 2011.
- (4) Numeral 4 del artículo 5 de la Ley 1480 de 2011.
- (5) Giraldo López Alejandro, Caycedo Espinel Carlos Germán y Madriñán Rivera Ramón Eduardo, Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor, Legis, Primera Edición, 2012, página 114.
- (6) Numeral 1.6 del artículo 3 de la Ley 1480 de 2011.
- (7) Artículo 42 de la Ley 1480 de 2011.
- (8) Gual Acosta Juan Manuel, Perspectivas Globalizadas sobre el Control de las Cláusulas Abusivas, en Derecho del Consumo Problemáticas Actuales, Gual Costa José Manuel y Villalba Cuellar Juan Carlos, Editorial Ibañez – Universidad Santo Tomás, 2013, páginas 344 y 345.
- (9) Artículo 43 de la Ley 1480 de 2011.
- (10) Gual Acosta Juan Manuel, Perspectivas Globalizadas sobre el Control de las Cláusulas Abusivas, en Derecho del Consumo Problemáticas Actuales, Gual Costa José Manuel y Villalba Cuellar Juan Carlos, Editorial Ibañez – Universidad Santo Tomás, 2013, página 344.
- (11) Artículo 44 de la Ley 1480 de 2011.
- (12) Rodríguez Yong, Camilo Andrés, Una Aproximación a las Cláusulas Abusivas, Legis-Universidad del Rosario, primera edición, 2013, páginas 67 a 69.
- (13) Valvuela Quiñones, Gustavo, Reflexiones sobre el tratamiento de las cláusulas abusivas en Colombia en: Perspectivas del Derecho del Consumo, directora: Valderrama Rojas Carmen Ligia, Universidad Externado, primera edición, 2013, página 427.
- (14) Alarcón Rojas, Fernando, La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos, Universidad Externado, primera edición, 2011, página 160.
- (15) Alarcón Rojas, Fernando, La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos, Universidad Externado, primera edición, 2011, páginas 161 y 162.

Elaboró: Mariana Naranjo Arango

Revisó y aprobó: William Burgos Durango

Atentamente,

WILLIAM ANTONIO BURGOS DURANGO
Jefe Oficina Asesora Jurídica