

Bogotá D.C.,

10

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO	
RAD: 15-048371- -00001-0000	Fecha: 2015-04-17 17:28:28
DEP: 10 OFICINAJURIDICA	
TRA: 113 DP-CONSULTAS	EVE: SIN EVENTO
ACT: 440 RESPUESTA	Folios: 1

Señor
GUSTAVO ANDRES OSPINA IDARRAGA
gustavo.ospina@upb.edu.co

Asunto: Radicación: 15-048371- -00001-0000
Trámite: 113
Evento: 0
Actuación: 440
Folios: 1

Estimado(a) Señor:

Con el alcance previsto en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, damos respuesta a su consulta radicada en esta Oficina con el número señalado en el asunto.

De conformidad con lo anterior, advertimos que la Oficina Jurídica profiere conceptos de carácter general y abstracto, sin que le sea posible resolver a través de estos, situaciones particulares o pronunciarse sobre la legalidad de una conducta, pues estaríamos vulnerando el principio y garantía constitucional del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política.

En la comunicación se consulta:

“(...)hace poco me he vinculado a un programa vacacional afiliado a la cadena de hoteles on vacation. Me he afiliado pagando el 30% del paquete vacacional acordado, y por situaciones personales, me veo abocado a renunciar al plan vacacional. Al comentar mi situación con los oferentes del programa, me mencionan que mis obligaciones contractuales me obligan a pagar el 100% de lo acordado, y que cualquier incumplimiento de mi parte redundaría en perder ese 30% que ya he pagado, bajo la excusa de que ellos se reservan ese derecho.

La pregunta es: es esto legal? Lo arriba expuesto está escrito y firmado por mí, es decir, estuve de acuerdo en ellos al momento de la oferta del plan vacacional. Pero me parece un abuso que deba renunciar a lo que ya pague, puesto que he pagado por un bien que ellos venden y del cual no he recibido ni usado nada de lo que se me ha vendido. (...)”.

Atendiendo a las competencias otorgadas a esta Superintendencia por el Decreto 4886 de 2011, a continuación encontrará información que consideramos pertinente en relación con el tema consultado:

1. Funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de turismo

Conforme a lo dispuesto por el Decreto 4176 del 03 de noviembre de 2011, “Por el cual se reasignan unas funciones del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-ya la Superintendencia de Industria y Comercio, y se dictan otras disposiciones”, se estableció que esta Entidad tiene entre sus funciones el adelantar las investigaciones relacionadas con la protección de los usuarios de los servicios turísticos. El artículo tercero dispone:

“Reasignar al Superintendente Delegado para la Protección al Consumidor y al Director de Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio, las funciones establecidas en el numeral 7 del artículo 6 y el numeral 6 del artículo 8 del Decreto 2785 de 2006, respectivamente, relacionadas con la protección de los usuarios de los servicios turísticos, para lo cual dicha entidad adelantará el trámite de las investigaciones administrativas por las casuales de infracción establecidas en la Ley 300 de 1996 y en las normas que la modifiquen y reglamenten.”

La enunciación de las infracciones se encuentra contenida en el artículo 71 de la Ley 300 de 1996 y son las siguientes:

“ARTÍCULO 71. DE LAS INFRACCIONES. Los prestadores de servicios turísticos podrán ser objeto de sanción cuando incurran en cualquiera de las siguientes conductas:

“a) Presentar documentación falsa o adulterada al Ministerio de Desarrollo Económico o a las entidades oficiales que la soliciten;

“b) Utilizar publicidad engañosa o que induzca a error al público sobre precios, calidad o cobertura del servicio turístico ofrecido;

“c) Ofrecer información engañosa o dar lugar a error en el público respecto de la modalidad del contrato, la naturaleza jurídica de los derechos surgidos del mismo y sus condiciones o sobre las características de los servicios turísticos ofrecidos y los derechos y obligaciones de los turistas;

“d) Incumplir los servicios ofrecidos a los turistas;

“e) Incumplir las obligaciones frente a las autoridades de turismo;

“f) Infringir las normas que regulan la actividad turística;

“g) Operar sin el previo registro de que trata el artículo 61 de la presente Ley.”.

Si usted considera que la actuación del operador turístico encaja dentro de una de las violaciones descritas anteriormente, puede presentar su queja administrativa, encaminada a la imposición de sanciones, ante esta Superintendencia, allegando las pruebas que pretenda hacer valer.

2. Cláusulas prohibidas y cláusulas abusivas

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.”

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.”

(Numeral 4 del artículo 5 de la Ley 1480 de 2011)

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 aplica 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.”

(Giraldo López Alejandro, Caycedo Espinel Carlos Germán y Madriñán Rivera Ramón Eduardo, Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor, Legis, Primera Edición, 2012, página 114.)

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.”

Las cláusulas abusivas se encuentran reguladas en el capítulo tercero de la Ley 1480 de 2011, específicamente en el artículo 42, 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.”

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

“(…) El listado obedece 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 iusvariandi 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.”

(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.)

Adicionalmente, el artículo 43 de la Ley 1480 de 2011 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.”

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 (...)”

(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.)

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.”

2.2.1. La ineficacia de pleno derecho.

Además de lo expuesto, debe tenerse en cuenta la interpretación realizada por la doctrina de los citados artículos 42, 43 y 44 de la Ley 1480 de 2011.

“(…)

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

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

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

Respecto de esta misma situación 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. (...)”

(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)

Por lo cual, pese a la referencia que se realiza en el artículo 44 de la Ley 1480 de 2011, debe entenderse, según se indica en los artículos 42 y 43 de dicha norma, que las

cláusulas abusivas incluidas en los contratos de consumo son ineficaces de pleno derecho.

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

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

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

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

“(…) 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.(…)

(Alarcón Rojas, Fernando, La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos, Universidad Externado, primera edición, 2011, páginas 161 y 162.)

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 diferencias 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.

3. Acciones que pueden ejercer los consumidores

Ante el incumplimiento de las disposiciones del Estatuto del Consumidor o de las instrucciones y órdenes impartidas sobre la materia por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, el consumidor puede interponer ante esta Entidad, la acción jurisdiccional de protección al consumidor establecida en el numeral 3° del artículo 56 y/o las actuaciones administrativas del artículo 59 de la Ley 1480 de 2011.

Si el consumidor decide promover una acción jurisdiccional de protección al consumidor, debe tener en cuenta los siguientes aspectos:

- Antes de presentar la demanda debe agotar el requisito de procedibilidad previsto en el numeral 5 del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011, el cual consiste en reclamar directamente al productor o proveedor, para lo cual estos expedirán una constancia por escrito, la cual se debe anexar a la demanda. Como alternativa al cumplimiento de este requisito, el consumidor puede citar a una audiencia de conciliación al productor o proveedor, caso en el cual anexará a la demanda la constancia o el acta de la audiencia.
- La demanda debe cumplir con los requisitos previstos en el 58 de la Ley 1480 de 2011 en armonía con el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil.
- El proceso, que es de tipo verbal sumario, se rige por las reglas especiales consagradas en el artículo 58 de la Ley 1480 de 2011.
- La competencia para conocer de la acción de protección al consumidor es a prevención, por lo cual el consumidor podrá elegir si presenta la demanda ante la jurisdicción ordinaria o ante la Superintendencia de Industria y Comercio. (Numeral 1 artículo 58 Ley 1480 de 2011).
- En caso de que la demanda sea de mínima cuantía, esto es, que las pretensiones no excedan de 40 smmlv (\$25.774.000 pesos para el año 2015) no se requiere de abogado. En caso de que las pretensiones sean superiores a ese valor se requerirá de abogado. (Artículo 25 del Código General del Proceso)
- Se debe presentar dentro del año siguiente al vencimiento de la garantía cuando se trate de la efectividad de la garantía, o dentro del año siguiente a la terminación del contrato cuando se refiera a controversias contractuales, o en los demás casos, dentro del año siguiente a la fecha en que el consumidor conoció de los hechos que dan lugar a la reclamación. (Numeral 3 artículo 58 Ley 1480 de 2011)

La demanda de protección al consumidor se inicia para proteger derechos particulares y la actuación administrativa se inicia cuando el interés es de carácter general. Esta última tiene como fin, imponer una sanción, y se inicia a través de una queja o denuncia.

- La queja debe contener al menos la siguiente información:

- Nombre completo e identificación del denunciante.

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

- Nombre completo e identificación de la persona contra la cual se dirige la denuncia.
- Dirección y teléfono, con indicación de la ciudad, tanto del denunciante como del denunciado.
- Relato completo y legible de los hechos denunciados.
- Copia de los documentos que respaldan la denuncia
- Expresar claramente lo que solicita.
- Indicar si se pretende una investigación de carácter administrativo para la imposición de multas.

• La queja se puede presentar por los siguientes medios:

- Por escrito, llenando un formulario de queja y radicándolo en el Centro de Documentación e Información de la entidad, ubicada en la carrera 13 27-00, piso 1 del Edificio Bochica, Bogotá, D.C, el formulario está disponible en esa dirección o en la página web de la entidad (<http://www.sic.gov.co/es/web/guest/protecco>).

El formulario también se puede radicar en las siguientes direcciones:

CADES Bogotá:

CADE 30 Carrera 30 25-90 Módulo 37 Zona A

CADE Suba Calle 148 A 103 B-95

CADE Calle 13 Calle 13 37-35 Módulo 13

CADE Américas Av. Carrera 86 43-55 Sur Módulo 83

Otras ciudades:

Barranquilla Carrera 57 79-10 Sede Supersociedades

Bucaramanga Calle 41 37-62 Sede Supersociedades

Cali Calle 10 4-40 of. 201 Sede Supersociedades

Cartagena Torre del Reloj Carrera 7 32-39 piso 2 Sede Supersociedades

Cúcuta Avenida 0 (cero) A 21-14 Sede Supersociedades

Manizales Calle 23 26-60 Sede Cámara de Comercio

Medellín Calle 53 45-112 Piso 20 Edificio Colseguros

- A través de la página web de la Entidad (<http://www.sic.gov.co/es/web/guest/denuncias-y-reclamos>).

- Por medio de un fax al número 5-87-02-84.

• El trámite se rige por lo previsto en los artículos 60 y subsiguientes de la Ley 1480 de 2011 y en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011-.

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.

Atentamente,

WILLIAM ANTONIO BURGOS DURANGO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Adonia Aroca
Revisó: William Burgos
Aprobó: William Burgos