

El pago y la exigibilidad de las obligaciones de los consumidores dentro de la emergencia sanitaria decretada con ocasión de la pandemia del COVID-19. Vicisitudes en un contexto de desprotección

Andrea Alarcón Peña ■ Juan Carlos Villalba Cuéllar

El presente escrito tiene como finalidad analizar las implicaciones que la emergencia económica, social y ambiental, decretada en marzo del año 2020, genera en relación con el pago, la exigibilidad y extinción de las obligaciones de los consumidores en las relaciones contractuales vigentes a la fecha de su declaratoria. El análisis busca enfocarse en el campo de las relaciones de consumo para interpretar algunas especificidades relativas a los contratos de consumo, más allá de lo que se predicaría en el ámbito del derecho civil y comercial.

En primer lugar, se tomará como punto de partida la noción general de *fuerza mayor* del artículo 64 del Código Civil colombiano. Según esta, se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto que no es posible de resistir. Esta definición supone dos elementos, lo imprevisto y lo irresistible. Se anota por parte de la doctrina que lo imprevisto es aquello que no fue objeto de previsión por las partes, mientras que lo imprevisible es aquello que igualmente no se podía

prever; mientras que lo irresistible es aquello a lo que no se puede resistir u oponer resistencia, factor que se vuelve determinante en el concepto de fuerza mayor. Se adiciona otro elemento que sería propio de la fuerza mayor, la exterioridad, es decir, debe tratarse de eventos que salen de la esfera de control de las partes en el contrato: un hecho que es totalmente ajeno a su accionar.

En el derecho privado encontramos que la fuerza mayor cumple dos funciones básicas. De un lado, es una causal por excelencia de exoneración en materia de responsabilidad civil, y en segundo lugar es un modo de extinguir las obligaciones en materia contractual, de tal manera que puede eximir de cumplimiento a la parte obligada.

La coyuntura específica de la emergencia derivada de la pandemia del COVID-19 generó consecuencias inusitadas en las actividades económicas y comerciales de los ciudadanos. A lo anterior se suma el confinamiento de los ciudadanos que produjo una alteración del *statu quo*

y unas consecuencias aún sin cuantificar para el orden económico, social y político. Ello implicó, como dicen algunos juristas, desempolvar algunas figuras que eran secundarias en los códigos civiles y de comercio, por cobijar eventos extraordinarios, para tratar de solucionar a partir de ellas la multitud de problemas jurídicos que se van a derivar de este suceso. Por este motivo resulta claro que la primera idea que se les vino a la cabeza a los juristas nacionales y de otras latitudes fue la antiquísima figura de la fuerza mayor.

Muchas cosas se han dicho entonces desde ese momento hasta ahora en foros y discusiones privadas y públicas de juristas, entre las que rescataremos varias afirmaciones frente a las cuales ya hay cierta unanimidad para tomarlas como punto de partida. Así las cosas, se ha afirmado que la pandemia por sí misma no constituye fuerza mayor, como tampoco lo es la declaratoria de emergencia económica, social y ambiental *per se*, ambas situaciones no configuran fuerza mayor de manera generalizada. Más bien, se ha aceptado que estos hechos, en algunas condiciones específicas, pueden ayudar a configurar fuerza mayor si se les añan otras circunstancias en las que a una persona en específico —a un contratante— le permiten encontrarse en una situación de imposibilidad manifiesta de cumplir las obligaciones previamente contraídas o no cumplirlas en la forma pactada.

Es decir, la fuerza mayor es contextual y se configura de acuerdo con las circunstancias personales que está viviendo una persona con ocasión de la pandemia y la crisis sanitaria. Así, a tales eventos habrá que sumar elementos como la imposibilidad de trabajar o desplazarse por orden de autoridad competente, el grave deterioro de los ingresos, la protección a un mínimo vital, la terminación de un contrato de trabajo, entre otros factores variados, sin perder de vista que la persona no debe recibir otro tipo de ingreso que le permita afrontar debidamente el pago de sus obligaciones. Cabe acotar igualmente que la fuerza mayor por regla general extingue o difiere

la exigibilidad de la obligación, pero no extingue el contrato. Por lo tanto, y como primera conclusión, se puede afirmar que la fuerza mayor no es la solución por excelencia o la excusa válida para modificar o terminar contratos en medio de la pandemia. No todo es fuerza mayor, claro está.

Queda en ese caso la opción de pensar en la imprevisión contractual contemplada en el artículo 868 del Código de Comercio colombiano, la cual exige que, en un contrato de tracto sucesivo, circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles hagan excesivamente oneroso el cumplimiento de sus obligaciones contractuales a uno de los contratantes. No obstante, la figura tiene connotaciones más teóricas que prácticas hasta la fecha en el derecho privado colombiano por su difícil configuración, aunque puede suceder que en algunos contratos de tracto sucesivo, y sobre todo en arrendamientos, se pueda utilizar para revisar las condiciones económicas de este.

Ahora bien, en segundo lugar, pasando al campo de las relaciones de consumo, cabe revisar de entrada si lo que se acaba de afirmar para el derecho civil y comercial es aplicable al contexto de los contratos de consumo. La primera constatación es que en evidencia sí, pues el Estatuto del Consumidor no contempló la fuerza mayor ni figura semejante para los eventos a los que estamos enfrentados, motivo por el cual se acudirá a las normas civiles y mercantiles para regular el cumplimiento de contratos de consumo. Por lo tanto, se debe aplicar la fuerza mayor a favor del consumidor de manera contextual, como se venía indicando, e igualmente la imprevisión cuando a ella haya lugar.

No obstante, el consumidor se puede ver enfrentado a otras vicisitudes relativas a la fuerza mayor, por ejemplo, encontrarse con la fuerza mayor del proveedor o productor, caso palpable de los organizadores de espectáculos públicos o conciertos, quienes pueden alegar que les fue imposible cumplir. Empero, este argumento no es cierto dado que, en materia de relaciones de consumo, no se puede cobrar por servicios que

no fueron prestados; además, la opción de cumplimiento posterior se le puede ofrecer al consumidor si este lo acepta (Superintendencia de Industria y Comercio, 2020).

En casos de prestaciones de servicios turísticos o transporte aéreo no se puede descartar que para los proveedores de estos servicios la fuerza mayor sea un argumento a favor; pero, al mismo tiempo, el consumidor puede alegar este argumento, dado que ambos se pueden encontrar en situación de imposibilidad, lo cual nos llevará al escenario en que no se puede prestar el servicio al consumidor y, puesto que no se puede cobrar un servicio no prestado, la obligación de devolver el dinero pagado emana como procedente. Siguiendo la misma lógica, se ha considerado que en contratos de prestación de servicios educativos no se puede cobrar por servicios no prestados, sobre todo aquellos no vinculados directamente a este contrato como la prestación del servicio de transporte o la alimentación, cuyo cobro depende de que hayan sido efectivamente prestados (Ámbito Jurídico, 2020).

Otra posibilidad que surge es que en el contrato celebrado con el consumidor aparezca una cláusula de fuerza mayor, la cual puede ser genérica, como aquella en que se estipula que no se responderá en caso de eventos que constituyan fuerza mayor, sin especificar cuáles, o la cláusula en que se estipule que no se le responde al consumidor en caso de emergencias sanitarias. En este caso se considera que la cláusula en ambos eventos es abusiva, en el primero porque la fuerza mayor por ser contextual no admite una cláusula genérica de exoneración de responsabilidad, y en el segundo porque es desequilibrante pactar la facultad de quedarse con el dinero del consumidor aun cuando no se le preste el servicio o no se le entregue el producto comprado, conforme a los artículos 42 y 43 del Estatuto de Protección al Consumidor.

Es igualmente necesario hacer una referencia a la posición del consumidor con respecto a los decretos y normas con fuerza de ley que en virtud de la emergencia sanitaria ha dictado el

Gobierno nacional. Una primera acotación con respecto a la posición estatal y los pagos de los consumidores es que las normas que se han expedido acuden por excelencia al mecanismo de la renegociación. Esto sucede en materia de arrendamientos: el Decreto 579 del 15 de abril de 2020 prorroga la vigencia de los contratos que se terminan durante la emergencia decretada hasta el 30 de junio de 2020 y prevé que las partes lleguen a un acuerdo sobre el pago de esos cánones mensuales. En caso de no llegar a un acuerdo, este decreto estipula que el arrendador no cobrará penalidades ni intereses de mora, y el arrendatario deberá pagar intereses corrientes a una tasa equivalente al cincuenta por ciento (50 %) de la Tasa de Interés Bancario Corriente (TIBC), en la modalidad de consumo ordinario, certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia, sobre los montos no pagados en tiempo, durante el período correspondientes al periodo comprendido entre la vigencia del presente decreto y el 30 de junio de 2020.

Si observamos esta solución, vemos que parte del supuesto de que arrendador y arrendatario van a negociar el pago de la obligación, pero desconoce que en un sinnúmero de contratos de arrendamiento existe relación de consumo cuando una agencia inmobiliaria interviene y que el contexto de la negociación en esos casos se pierde por la intransigencia de algunas pocas agencias. Además, los contratos que no terminan durante la emergencia no quedan cobijados, lo cual abre paso a la aplicación de figuras como la fuerza mayor o la imprevisión a favor de los consumidores en esos casos.

En el ámbito financiero sucede algo parecido, y el panorama es más complejo para el consumidor, las medidas gubernamentales, en específico una circular expedida por la Superintendencia Financiera dirigida a sus supervisados, acuden de manera recurrente a fórmulas como “podrán” (Superintendencia Financiera, 2020), en materia de periodos de gracia, sin siquiera poner a jugar su poder de dirección y control, imponiendo ordenes de manera imperativa, lo cual sería

deseable en ejercicio del orden público de protección. Es decir, en el sector del comercio donde la posición de dominio del proveedor impera por excelencia, el Estado no aplica con autoridad su poder de control para proteger al débil. Pensemos además en los contratos de consumo que celebran los consumidores para el préstamo de dinero a través de mecanismos como las libranzas, la mayoría de ellas no vigiladas por la SFC, en la cual los consumidores quedan sometidos a la libre voluntad de su cocontratante; allí la desprotección es palmaria, sobre todo porque las dificultades económicas de los consumidores que se aproximan son de gran magnitud.

Un tercer contexto que llama la atención es el rol del Estado a través de la normatividad de excepción que tiene que ver con el derecho de retracto, el desistimiento y las otras causales de terminación del contrato que el consumidor puede alegar dentro del contexto de la emergencia en contratos de transporte aéreo y prestación de servicios turísticos. En este caso, el Decreto 482 de 2020 —artículo 17— y el Decreto 557 de 2020 —artículo 4— disponen que, cuando el consumidor ejerza dichos derechos de reembolso, el prestador del servicio tendrá hasta doce meses para compensar en servicios que él mismo presta al consumidor las sumas adeudadas. Esto quiere decir que el derecho de retracto y el derecho de desistimiento que le asisten al consumidor durante la vigencia de la pandemia quedan modificados en sus efectos con una solución que parece dar prioridad a los intereses de la empresa y sacrificar el derecho del consumidor a obtener su dinero conforme a las normas tradicionales. Claramente aquí el orden público le juega una mala pasada al consumidor.

En ese orden de ideas, las problemáticas de los consumidores para el pago de sus obligaciones son inminentes y las normas especiales no dan soluciones adecuadas a las dificultades que afrontan. Se olvida que el contexto de los contratos de consumo es el de la “no negociación”, de tal manera que volvemos en época de emergencia sanitaria a la vigencia de la autonomía de la

voluntad en los contratos de consumo. Valiente regresión y ojalá que sea efímera.

No se desconoce que la mayoría de los productores y proveedores actuarán de buena fe y conforme a los deberes de cooperación y lealtad, que se activan más que nunca en los contratos para buscar soluciones que les sirvan a los consumidores. Preocupan, sin embargo, los casos en que este ideal no se cumpla pues pueden ser numerosos. Se avizora entonces que a muchos consumidores les tocará forzar escenarios de negociación, acudiendo a la conciliación, o incluso harán uso, cuando ya no puedan afrontar sus obligaciones, de la figura de la insolvencia de la persona natural no comerciante, la cual, aunque ha sido deficiente en su concepción normativa en el derecho colombiano, impidiendo entre otras cosas sus usos efectivo por los consumidores, sobre todo por costosa, en no pocos casos será la única solución para lograr verdaderos acuerdos de pago que se compadezcan con la crisis económica generada por las emergencias sanitarias por el COVID-19, en pro de proteger sus intereses.

En conclusión, debe recalcar que el orden público de protección que impera para proteger al consumidor no puede desaparecer ni ser sacrificado cuando el consumidor más lo necesita. Un consumidor sin empleo, en quiebra, confinado y con sus libertades restringidas es más débil en todo caso. Le queda al consumidor acudir contextualmente a la fuerza mayor, a la imprevisión o a forzar escenarios de negociación verdaderamente equilibrados. Esperemos que los operadores jurídicos como jueces y autoridades tengan claro que protección y equilibrio son las máximas del derecho del consumo.

Referencias

- Ámbito Jurídico. (2020). *Gobierno recuerda a colegios privados que solo se deben cobrar por servicios efectivamente prestados* [en línea]. Recuperado de: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/educacion-y-cultura/gobierno-recuerda-colegios-privados-que-solo-se-deben-cobrar>.
- Superintendencia de Industria y Comercio. (2020). *Súperindustria investiga a operadores de boletería por*

no informar alternativas ante cancelación de eventos [en línea]. Recuperado de: <https://www.sic.gov.co/slider/superindustria-investiga-operadores-de-boleter%C3%ADa-por-no-informar-alternativas-ante-cancelaci%C3%B3n-de-eventos>.

Superintendencia Financiera. (2020). *Circular Externa 007 de 2020* [en línea]. Recuperado de: https://www.superfinanciera.gov.co/descargas/institucional/pubFile1043877/ce007_20.docx.