

*El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores**

Verónica María Echeverri Salazar**

Recibido: mayo 27 de 2011
Aprobado: septiembre 9 de 2011

Resumen

Una cláusula abusiva es aquella que implica un atentado contra el principio de la buena fe en la medida en que involucra una desproporción significativa entre las obligaciones y beneficios que adquieren las partes. El Estado debe controlar la implementación de las mismas, lo cual implica una intervención en la autonomía de la voluntad privada de los contratantes, razón por la que se ha discutido en el ámbito internacional el ámbito de dicho control. Pese a dichas discusiones, es claro que el control (que puede ser legislativo, administrativo o judicial) procede cuando se presenta un contrato de adhesión con un consumidor. El control judicial que se hace de ellas puede ser a través de la declaratoria de inexistencia, de ineficacia, de nulidad absoluta o de nulidad relativa.

Palabras clave: cláusulas abusivas; contratos con consumidores; contratos de adhesión.

* Este ensayo es producto del trabajo de investigación presentado para optar al título de magíster en Derecho de la Universidad de Antioquia titulado "La autonomía de la voluntad privada en los contratos de adhesión con consumidores", finalizada en el año 2008, la cual se realizó con apoyo del semillero de investigación "Derecho de los Consumidores" de la Universidad de Antioquia que lidera la autora.

** Abogada de la Universidad Pontificia Bolivariana, magíster en Derecho de la Universidad de Antioquia, especialista en Derecho Constitucional de la Universidad de Antioquia y en Derecho Privado de la Universidad Pontificia Bolivariana. Actualmente se desempeña como docente de tiempo completo de la Universidad de Antioquia, en la cátedras de Teoría del Negocio Jurídico y Teoría de las Obligaciones; como docente de las cátedras de Propiedad y Teoría del Negocio Jurídico en la Universidad Eafit; como coordinadora de la línea de énfasis en Servicios Públicos de la especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma Latinoamericana y como docente del módulo Derecho de los Consumidores y Usuarios de dicha especialización. Ha sido docente de cátedra de las facultades de Derecho de la Universidad de Medellín, Ces, San Buenaventura y Uniciencia. Coordinadora del semillero de investigación "Derecho de los Consumidores" de la Universidad de Antioquia. veronicamariaes@hotmail.com

Control to Abusive Clauses in Adhesion Contracts with Consumers

Abstract

An abusive clause is that involving a violation of the good faith principle, since it involves a significant unjust liability concerning obligations and benefits the parties are bound to. The State should control the implementation of this kind of clauses by starting an intervention to the private will autonomy of contactors; for this reason the scope of such control has been discussed worldwide. Despite the discussions, it is clear that control (which can be legislative, administrative or judicial control) becomes effective when an adhesion contract is executed with a consumer. The judicial control on this kind of clauses can be executed by declaring inexistence, inefficiency, and total or relative nullity of abusive clauses.

Key words: abusive clauses; contracts with consumers; adhesion contracts.

Introducción

El presente artículo es resultado de la investigación denominada "La autonomía de la voluntad privada en los contratos de adhesión con consumidores" la cual surgió de una pregunta inicial: ¿en qué queda la autonomía de la voluntad privada después de la consagración constitucional de los derechos de los consumidores? En la medida que se fue avanzando en la investigación, el planteamiento fue cambiando cuando se avizoró que la respuesta a dicho interrogante podría encontrar un punto de análisis importante en los derechos de los consumidores frente a un tipo de contratación específica, la estandarizada, puesto que en los contratos de adhesión se puede observar una de las grandes limitaciones al concepto de la autonomía de la voluntad privada, no impuesto desde el Estado sino desde las necesidades mismas del mercado.

Una de las alternativas que se encontró para responder a dicha pregunta, en la que se enfoca el presente trabajo, es que los derechos de los consumidores se pueden proteger en los contratos de adhesión a través del control que el Estado haga de las cláusulas abusivas, porque si bien es cierto que no siempre que se presenta un contrato de adhesión hay cláusulas abusivas, la posibilidad que tiene el predisponente de modificar el equilibrio de las cargas y de las obligaciones para beneficiarse hace que el contrato de adhesión sea un campo especialmente fértil para la implementación de las mismas.

Para obtener los resultados de la investigación se utilizó una metodología cualitativa, realizando para ello un estudio de diferentes textos de autores latinoamericanos que han analizado el fenómeno, además de la búsqueda de la aplicación que de las diferentes soluciones se ha dado en la legislación y la jurisprudencia colombiana. Para ello se usaron técnicas de recolección de información documental que fueron organizadas a través del sistema bibliográfico que permi-

tieron el análisis correlacionado de las variables. Las variables que se tuvieron en cuenta fueron los contratos de adhesión, los contratos con consumidores y las cláusulas abusivas.

Este artículo, en concreto, explica las diferentes formas de control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores. En primer lugar, se plantea la justificación del estudio del tema; en segundo lugar, se describe conceptualmente qué puede entenderse por cláusulas abusivas, sus características y ejemplos, desde un punto de vista teórico y práctico, apelando a la legislación, jurisprudencia y doctrina tanto local como comparada; finalmente, se presenta una exposición de las diferentes alternativas de control frente a las mismas.

¿Por qué es importante el estudio de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores?

La doctrina nacional y extranjera acepta de manera más o menos pacífica que los contratos de adhesión son verdaderos contratos¹, pero no es claro que constituyan verdaderos "acuerdos paritarios entre iguales", modo en la que se había concebido el contrato en su forma clásica, puesto que se ha demostrado a lo largo del tiempo que existe la tendencia a abusar del poder de configuración que se le da al predisponente. Precisamente las cláusulas abusivas² son una manifestación del abuso, lo cual exige que se implementen medidas de control por el sistema jurídico, bien sea mediante intervenciones legislativas, administrativas o judiciales³. De ese

¹ Acerca del surgimiento de los contratos de adhesión, sus diferentes definiciones, características y naturaleza jurídica ver Echeverri (2010) y Soto (2000).

² Para ver más acerca de la relación entre los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas Bernal y Villegas (2008).

³ Dice Díez-Picazo, como se cita en Silva (2001), que en los ordenamientos jurídicos, concretamente en la moderna legislación, se ha dispuesto en el tratamiento de las condiciones generales de la contratación y como medida de protección de los consumidores y adherentes, la figura hoy conocida con el

modo, el control que se haga de las cláusulas abusivas constituye una forma de limitación a la autonomía de la voluntad privada, puesto que aunque hagan parte integral de un contrato, pueden ser descartadas mediante diferentes sanciones y, en consecuencia, ser desconocidas por el operador jurídico.

Para efectos de poder establecer el ámbito de los mecanismos de control a las mismas, se ha presentado doctrinalmente la discusión acerca de si se presentan exclusivamente en los contratos de adhesión (de tal manera que el simple hecho de que hubiesen sido discutidas y aceptadas por las partes les quitaría el carácter de abusivas), o si por el contrario, también se pudiesen presentar en los contratos de libre discusión de cláusulas. Stiglitz (1998) presenta esta discusión llamando a la primera posición "amplia", y a la segunda, "restringida", de las cuales hablaremos más adelante. Pero, independientemente de que uno considere que las cláusulas abusivas se presentan únicamente en los contratos de adhesión, en ellos se da un caldo de cultivo especialmente propicio para el abuso, puesto que se cede más fácil a la tentación de desequilibrar de manera excesiva el contrato estipulando un mayor número de beneficios para el predisponente y trasladando buena parte de los riesgos y de las desventajas para el adherente⁴. En los contratos de adhesión ya hay una desproporción en cuanto a la paridad de las partes, y las cláusulas abusivas la acentúan. El adherente, en consecuencia, merece la protección del ordenamiento jurídico en su conjunto, teniendo en cuenta que es la

nombre ya técnico de cláusulas abusivas. La construcción de éstas se hace a partir de principios generales del Derecho de obligaciones y contratos anteriormente existentes, que han sido objeto de un proceso de concreción en su aplicación a la materia que nos ocupa.

⁴ Sostiene Muñoz Laverde "(...) aunque la posibilidad de predisponer unilateralmente los contenidos negociales no solamente no es en sí misma censurable, sino necesaria en la contratación moderna, lo cierto es que si constituye un terreno proclive al abuso. En ese sentido cabe afirmar que el derecho a la autonomía de la voluntad privada, como cualquier otro derecho, puede ser objeto de ejercicio abusivo" (Muñoz, 2010, p. 226).

No se podría decir con certeza, aunque así parezca en la teoría, que las ideas mejicanas igualmente estuvieran influenciadas por la escuela de Bourdeaux, pero al menos sí lo están por una corriente filosófica o teórica social más amplia originada de su revolución, alejada, eso sí, de ideas comunistas

parte débil del contrato. Ello se encontrará especialmente justificado si el adherente, además, es consumidor⁵⁻⁶.

En síntesis, se puede decir que el debate alrededor de este tema versa sobre el ámbito de aplicación del control sobre cláusulas abusivas puesto que: 1) estas no se dan exclusivamente en los contratos de adhesión, pero en ellos se da una mayor posibilidad de presencia; 2) las cláusulas abusivas se pueden presentar tanto frente a un adherente que, a su vez, tenga el carácter de consumidor, como frente a un adherente que no sea tal, y en ambos casos amerita protección por parte del ordenamiento jurídico; 3) en caso de que el adherente, además, tenga la categoría de consumidor, tendrá una protec-

⁵ En palabras de Stiglitz "(...) el poder de negociación generador de abuso, no es atributo exclusivo ni excluyente de la contratación predispuesta. Lo que debe acentuarse conceptualmente en el análisis del contrato de consumo, es lo referente al poder de negociación que concentra uno de los polos de la negociación (profesional) y del que carece el otro (consumidor o usuario)" (Stiglitz, 1998, p. 30).

⁶ "En el derecho europeo las cláusulas abusivas suelen ser consideradas en relación con los consumidores, limitándose de esta manera el ámbito subjetivo de aplicación de las normas o de los estatutos especiales. Lo cierto es que la cláusula abusiva puede existir en contratos no necesariamente de consumo. (...) Frente a las cláusulas generales y abusivas en el derecho europeo existen en cuanto al ámbito subjetivo dos tendencias. La primera es una amplia, de origen alemán, en el sentido de que se defiende a todo destinatario contra las condiciones generales de la contratación, con especiales preceptos para las cláusulas abusivas. La segunda es propia de la legislación francesa que ofrece su defensa sólo a los consumidores y en lo relativo a las condiciones abusivas. (...) Dentro de los consumidores se incluye a los profesionales que operen fuera de su ámbito común de actividad. Los otros intervinientes habitados en el ramo de que se trate, quedan bajo la presunción de su autoprotección (...)" (Rengifo, 2004, p. 215).

ción más clara de sus intereses en la medida en que pertenece a un grupo especialmente tutelado por las constituciones y normas legales de buena parte de los países occidentales, y 4) hay un ámbito de aplicación, el más restringido para el control a las cláusulas abusivas, que se presenta cuando hay un contrato de adhesión con consumidores. La polémica se presenta sobre si esta protección se debe ampliar a los contratos entre profesionales o a los contratos de libre discusión de cláusulas.

Por todas las razones expuestas, se justifica el tratamiento del control frente a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores como un límite al dogma de la autonomía de la voluntad privada, empezando por abordar el debate acerca de las posibles definiciones de las cláusulas abusivas.

¿Qué se entiende por cláusula abusiva?

Las definiciones de cláusula abusiva pueden ser de fuente legal, jurisprudencial o doctrinaria. En Colombia, no hay una definición legal, pero la Corte Suprema de Justicia, en una sentencia del 2 de febrero de 2001, consideró que cláusula abusiva es aquella que "favorece excesiva o desproporcionadamente la posición contractual del predisponente y perjudica inequitativa y dañosamente la del adherente" (Corte Suprema de Justicia, 2001). De esta postura, sentada por el máximo órgano de casación, se puede ver que en Colombia, por lo menos en principio, se liga el tema de las cláusulas abusivas a los contratos de adhesión.

Desde el punto de vista doctrinal, el profesor colombiano Ernesto Rengifo, al plantear la definición de cláusulas abusivas el ámbito de control a las mismas, establece lo siguiente:

Cláusula abusiva es la que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor o del

La década de los treinta en Colombia se caracterizó por una serie de acontecimientos y reformas en varios niveles –social, jurídico, administrativo, tributario, económico, etc.–, que estuvieron orientados básicamente por algunas tendencias ideológicas internacionales,

adherente un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales, y que puede tener o no el carácter de condición general puesto que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares. El concepto de cláusula contractual abusiva tiene, *prima facie*, su ámbito propio en relación con consumidores y puede darse siempre que no haya existido negociación individual, es decir, tanto en condiciones generales como en cláusulas predisuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Pero incluso también puede haber cláusula abusiva tratándose de condiciones generales entre profesionales por cuanto habrá condición abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes (Rengifo, 2004, p. 197).

Obsérvese que en esta explicación, el autor restringe de manera inicial el campo de aplicación de los controles a las cláusulas abusivas a los contratos relacionados con consumidores, siempre y cuando los mismos hayan sido de adhesión⁷ Por su parte, Sergio Muñoz Laverde sostiene:

⁷ Se debe tener en cuenta que para Rengifo (2004) el hecho de que un contrato sea individual no se opone a que sea de adhesión. La individualidad se mira teniendo en cuenta que no sea una forma contractual dirigida a una masa de contratantes sino a un contratante en particular. Esta forma a su vez, puede ser o libremente discutida o se le puede presentar pre-redactada a una de las partes, caso en el cual, será de adhesión.

(...) son abusivas las cláusulas que, incluidas por regla general en un contrato de contenido predispuesto, establecen, sin explicación seria, proporción ni razonabilidad, ventajas o prerrogativas excesivas para el predisponente, o cargas, obligaciones o gravámenes injustificados para el adherente, en detrimento del principio de celebración y ejecución de buena fe contractual y del normal y razonable equilibrio contractual (Muñoz, 2010, p. 234).

Para el autor argentino Rubén Stiglitz, la cláusula abusiva será aquella "cuyo contenido o elementos esenciales queden al arbitrio del predisponente o las establecidas en su beneficio exclusivo y en perjuicio del adherente, que comprometan el principio de la mayor reciprocidad de intereses que contengan la renuncia por el consumidor, sin fundamentos declarados que lo justifiquen" (Stiglitz, 1998, p. 27)

Pese a que en Colombia el concepto de cláusula abusiva no ha sido abordado desde el punto de vista legislativo, el tema sí ha sido consagrado en otros países⁸.

Características de las cláusulas abusivas

La caracterización que se haga de las cláusulas abusivas depende del tipo de definición que tenga cada país en su legislación interna. Para Stiglitz (1998), por ejemplo, las cláusulas abusivas únicamente se presentan en contratos con consumidores, pero dentro de estos contratos hay que distinguir si son de adhesión o son de libre discusión de cláusulas. Sostiene que dependiendo de lo uno o de lo otro, estaremos dentro de una tesis amplia o restringida de la aplicación de las mismas⁹.

⁸ Para ver un listado de distintas definiciones de carácter legal que se han dado a nivel internacional, ver Stiglitz (1998).

⁹ La tesis "amplia" exige para que una cláusula sea considerada como abusiva: que importe un desequilibrio significativo entre los derechos del consumidor y las obligaciones y las cargas del profesional derivadas del contrato en perjuicio del primero sin importar si la misma se dio como fruto de un proceso de negociación o como una simple adhesión. A su vez, la tesis

Ahora, si se quiere hacer la caracterización de lo que se entiende por cláusulas abusivas en Colombia, ello implica partir de la ausencia de definición legislativa por lo que el análisis debe trasladarse al terreno jurisprudencial y doctrinario. Quien ha caracterizado jurisprudencialmente las cláusulas abusivas es la Corte Suprema de Justicia en la citada sentencia de casación del 2 de febrero de 2001, cuando señaló que las características arquetípicas de las mismas son:

... a) Que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial -vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe probidad o lealtad-, y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes (Corte Suprema de Justicia, 2001)¹⁰.

Nótese que la Corte Suprema de Justicia parece acoger entonces la tesis "restrictiva" según la cual, las cláusulas abusivas se presentan únicamente en los contratos de adhesión. Se procederá, entonces, a explicar dichas características, que son la infracción al principio de la buena fe, y que haya un desequilibrio significativo de cara a los derechos y obligaciones que contraen las partes:

- La infracción al principio de la buena fe

Antes de adentrarnos en lo que se puede considerar como infracciones al principio de buena fe, es preciso recordar qué se ha entendido como parte de su contenido. El principio general de

"restrictiva" exige que para que una cláusula sea considerada abusiva: a) que no haya sido negociada individualmente; b) que la cláusula objetada le haya sido presentada al consumidor y redactada; c) que el consumidor no haya podido participar (o influir) en su contenido. (Stiglitz, 1998).

¹⁰ En esta sentencia, se estaba discutiendo una cláusula en un contrato de seguro en virtud de la cual, para que la compañía aseguradora se viera obligada a pagar el siniestro, se debía probar la ocurrencia del mismo mediante copia de la sentencia o del laudo ejecutoriado en que se acreditara el hecho. La Corte consideró que la cláusula que limitaba los medios de prueba en contra del beneficiario era abusiva (Corte Suprema de Justicia, 2001).

En este sentido, el Estado tiene el deber de garantizar el cumplimiento de esa solidaridad social y para ello debe verificar el cumplimiento de la función social que cada individuo tiene en la consecución de ese fin.

buena fe, que está establecido constitucional¹¹ y legalmente¹², consiste en que las partes en sus relaciones negociales, incluyendo las tratativas preliminares, la formación y la ejecución del contrato, se deben comportar con honorabilidad, honradez, rectitud y sin ánimo de engañar o lesionar al otro, lo que posibilita que el co-contratante, a su vez, pueda legítimamente confiar en que su comportamiento es leal, correcto y ajustado a derecho¹³.

La Corte Suprema de Justicia Colombiana, en sentencia de agosto de 2001, para definir qué se entendía por buena fe, sostuvo lo siguiente:

Acerca de lo que entraña el postulado rector de la buena fe, esta Corporación, pormenorizadamente, en las postrimerías de la década de los años cincuenta, precisó que "La buena fe hace referencia...a la ausencia de obras fraudulentas, de engaño, reserva mental, astucia o viveza... Así pues, la buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud, con honestidad... En general obra de mala fe quien pretende obtener ventajas

o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud... (Corte Suprema de Justicia, 2001A).

A su vez, la Corte Constitucional explica:

... el principio de la buena fe, el cual comprende, entre otros, un deber de obrar con honestidad y lealtad. Dichos presupuestos tienen expresa aplicación en las relaciones contractuales con fundamento en el artículo 83 superior. Para el derecho no son indiferentes, entonces, los postulados axiológicos que propugnan el respeto a la confianza y la cooperación que deben disciplinar todas las relaciones humanas, bien si se trata del ejercicio de derechos o del cumplimiento de obligaciones libremente acordadas por los particulares. Además, no puede pasarse por alto que una de las consecuencias específicas de la aplicación del artículo 83 citado, es que los contratos-ejemplo clásico de las relaciones entre particulares deben ser interpretados atendiendo el principio de la buena fe (Corte Constitucional, 2001).

En cuanto a lo que se puede considerar *infracción al principio de la buena fe*, conviene describir lo establecido por la legislación alemana en el parágrafo 9 de la Ley para la Regulación del Derecho de las Condiciones Negociales (AGB-Gesetz) del 1.-IV-1977¹⁴:

I. Las estipulaciones contenidas en condiciones generales negociales son ineficaces cuando perjudican al adherente de forma no equitativa, en oposición al principio de buena fe (*Treu und Glauben*).
II. En la duda se presume la existencia de perjuicio indebido, cuando la cláusula: 1) no es compatible con las ideas esencialmente fundamentales de la regulación legal de la cual se aparta o 2) limita de tal forma los derechos y deberes derivados de la naturaleza del contrato que se pone en peligro la consecución de éste (Stiglitz, 1998, p. 34-35).

¹¹ El artículo 83 de la Constitución Política de Colombia (República de Colombia, 1991).

¹² El artículo 1603 del Código Civil de Colombia y los artículos 863 y 871 Código de Comercio de Colombia.

¹³ Para ver otras formas en que se ha entendido el principio de la buena fe, ver por ejemplo, el artículo de Silva-Ruiz, en el que citando a Diaz Alabart, sostiene: "La buena fe no puede ser entendida aquí en un sentido subjetivo (la simple creencia propia y particular de obrar correctamente), tal como aparece en el Código civil (...). Es una buena fe en sentido objetivo (...) La buena fe entendida como un criterio de valoración de determinadas conductas, que tiene en cuenta no sólo la honradez subjetiva de la persona, sino, principalmente las reglas objetivas de la honradez en el comercio o en el tráfico jurídico; (...) La carencia de esa buena fe ocasionará un desequilibrio contractual injustificado favorable a la parte más fuerte: el empresario" (Silva, 2001, p. 58).

¹⁴ La norma es de 1976 pero entró a regir en 1977.

Con respecto al numeral 1) del párrafo anterior, es importante resaltar el papel muy relevante que con ello se le otorga al derecho supletivo (Vega, 2001), es decir, a las normas que regulan determinados contratos y que, en principio, son susceptibles de ser pactadas en contrario en virtud del principio de la autonomía de la voluntad privada. Estas normas, dado que han sido puestas por el legislador y no por ninguna de las partes del contrato, se asumen como la forma más equitativa de distribución de las cargas y las obligaciones entre los contrayentes, de tal manera que el alejarse de ellas, lo cual como se dijo anteriormente es permitido, puede en un momento determinado convertirse en un parámetro a través del cual se pueda valorar si una de las partes está o no infringiendo el deber de buena fe¹⁵. En consecuencia, a pesar que desde la perspectiva liberal del contrato, el derecho supletivo no constituía una limitación al dogma de la autonomía de la voluntad privada, vía interpretación del principio de la buena fe, sí podría llegar a constituirse como tal, puesto que en caso de pactarse una cláusula que sea declarada por el juez como abusiva, por ser contraria a dicho principio de la buena fe, tendría como resultado su ineficacia.

Una vez explicado lo que se entiende por el criterio de infracción al principio de la buena fe¹⁶, veamos el siguiente criterio utilizado para saber si la cláusula es abusiva:

— ***Que haya un desequilibrio significativo de cara a los derechos y obligaciones que contraen las partes***

En la legislación comparada encontramos descripciones de lo que ha de entenderse por desequilibrio significativo. Tal es el caso del

¹⁵ Más acerca del principio de la buena fe en Ospina y Ospina (2000), Valencia y Ortiz (1998).

¹⁶ El autor colombiano Juan Jacobo Calderón Villegas (2011), en su obra *La constitucionalización del derecho privado*, hace un recuento de la línea jurisprudencial que ha seguido la Corte Constitucional para tratar de establecer de manera concreta los alcances del principio de la buena fe en los contratos de medicina prepagada.

Código de Defensa del Consumidor de Brasil, que afirma que es absolutamente nula la cláusula que coloque al consumidor en desventaja exagerada y que sea incompatible con la buena fe o la equidad (art. 51, ap. IV). Se presume exagerada la ventaja que:

- 1) Ofende los principios fundamentales del sistema jurídico;
- 2) Restringe derechos u obligaciones fundamentales inherentes a la naturaleza del contrato, de tal modo que amenaza su objeto o el equilibrio contractual;
- 3) Se muestra excesivamente onerosa para el consumidor (Stiglitz, 1998, p. 36).

En Argentina, el artículo 37 de la ley 24.240 establece lo siguiente:

Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas: (a) las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones¹⁷ o limiten la responsabilidad por daños; (b) las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; (c) las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor... (República de Argentina, 1993)

En Colombia, dicha característica se ha establecido de manera aislada en la legislación, en la que se menciona pero no se desarrolla ni se explica. Ejemplo de ello constaba en el Estatuto

¹⁷ La expresión "desnaturalización de la relación obligacional" debe entenderse en el sentido de que, por aplicación de una o más cláusulas se altere el significado de la relación: a) ampliando los derechos del profesional con daño al consumidor; b) reduciendo o suprimiendo las cargas u obligaciones del profesional; c) reduciendo o suprimiendo los derechos del consumidor; d) ampliando las cargas u obligaciones del consumidor. Y de todo ello resulte un desequilibrio significativo de los derechos y las obligaciones recíprocos de tal entidad (manifiesto), que quede comprometido el principio de la máxima reciprocidad de intereses, al afectarse la relación de equivalencias (Stiglitz, 1998, citando a Romagnoli, Clausole Vessorie e Contratti d'Impresa, Cedam, 1997).

Orgánico del Sistema Financiero, en el artículo 98 inciso 4º, modificado por la Ley 795 de 2003 (República de Colombia, 2003), que decía:

Las instituciones sometidas al control de la Superintendencia Bancaria, en cuanto desarrollan actividades de interés público, deberán emplear la debida diligencia en la prestación de servicios a sus clientes a fin de que estos reciban la atención debida en el desarrollo de las relaciones contractuales que se establezcan con aquéllas y, en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones

...

(e)n la celebración de las operaciones propias de su objeto, dichas instituciones deberán **abstenerse de convenir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato**, o den lugar a un abuso de posición dominante (Resaltado no original)¹⁸ (Presidencia de la República, Decreto 663 de 1993, artículo 98 inciso 4).

Además, se ha utilizado como criterio definitorio de las cláusulas abusivas y del abuso de la posición dominante por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Un ejemplo de ello fue tratado en la ya citada sentencia de casación del 2 de febrero de 2001, en la que se discutió la validez de una cláusula en virtud de la cual una compañía aseguradora exigía, como requisito para el pago de un siniestro, que se aportara como prueba de la ocurrencia del hecho una copia auténtica de la sentencia o laudo arbitral debidamente ejecutoriado, en el que constara el mismo. La Corte, apoyándose en la doctrina internacional, sostuvo que dicha cláusula al establecer una especie de tarifa legal más exigente que la ley misma, era abusiva¹⁹.

¹⁸ Esta norma fue derogada por el artículo 101 de la Ley 1328 de 2009 (República de Colombia, 2009).

¹⁹ "De ahí que la doctrina especializada haya calificado como abusiva -y de indiscutida inclusión en las llamadas "listas negras", contentivas de las estipulaciones que, in radice, se estiman vejatorias-, aquella cláusula que "favorece excesiva o desproporcionalmente la posición contractual del predisponente y perjudica inequitativa y dañosamente la del adherente", entre las cuales se encuentra "La limitación indebida de los medios de

Para la Corte, las cláusulas abusivas, leoninas o vejatorias socavan el equilibrio prestacional que, en línea de principio, debe existir en todo contrato en la medida que agravan sin contrapartida la posición contractual de uno de los contratantes, y ello no encuentra recibo en el ordenamiento colombiano, no sólo desde el punto de vista legal, sino también desde una perspectiva constitucional, si se tiene en cuenta que es deber de toda persona no abusar de sus derechos y que el Estado debe evitar o controlar "cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional", e igualmente velar por los derechos de los consumidores. De modo pues que el fundamento constitucional del rechazo a las cláusulas abusivas lo encuentra la Corte en la Carta Política de Colombia en los artículos 95, numeral 1 del inciso 2, 333, inciso 4, y 78 (Rengifo, 2004)²⁰.

Para Stiglitz (1998), el desequilibrio significativo o manifiesto se explica en los hechos, en el abuso del poder de negociación que ostenta el profesional sustentado en su poder técnico, en la información y en el conocimiento de que dispone sobre el alcance, en ocasiones enigmático, del contenido contractual propuesto o, en

prueba o los pactos que modifiquen la distribución de la carga de la prueba conforme al derecho aplicable" (Corte Suprema de Justicia, 2001).

²⁰ Otro caso en el cual la Corte Suprema de Justicia habló sobre el justo equilibrio de las prestaciones, fue en la Sentencia del 19 de octubre de 1994, Expediente 3972 M. P.: Carlos Esteban Jaramillo Scholss, citada por Rengifo (2004, p. 265): "(...) Y un ejemplo sin duda persuasivo de esa clase de comportamientos irregulares lo suministra el ejercicio del llamado "poder de negociación" por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación (...)". En este caso, la entidad financiera le había exigido a un cliente para efectos del otorgamiento de un crédito hipotecario, unas prestaciones colaterales como la de dejar parte del dinero en depósito en dicha entidad, con baja remuneración y con limitaciones de disponibilidad.

la mayor parte de las ocasiones, predispuesto al consumidor.

Es importante resaltar que cuando se habla de desequilibrio significativo, el mismo se presenta en las cláusulas que no hacen parte de los elementos esenciales del contrato, es decir, no se presenta cuando hay una gran diferencia entre el precio y la cosa o el servicio que se está adquiriendo, puesto que estos son elementos definitivos que el consumidor ha de tener en cuenta cuando presta su consentimiento para la formación del contrato. Hace alusión es a las cláusulas complementarias que el consumidor ha debido aceptar, porque de lo contrario tendría que haber renunciado a la posibilidad de adquirir el bien o servicio que anhelaba.

Ejemplos de cláusulas que son consideradas abusivas en la legislación comparada y en la colombiana

En este numeral, se verán algunos ejemplos de cláusulas que han sido consideradas por la legislación y la doctrina internacional como abusivas. Teniendo en cuenta que muchos de ellas constan en la legislación comparada, se traerán citas extensas para dejar constancia expresa de las normas que las han establecido. Asimismo, se visualizará el listado de cláusulas abusivas en la Ley de servicios públicos domiciliarios en Colombia.

En Argentina, la Subsecretaría de Defensa de la Competencia y Defensa del consumidor, expidió la Resolución 26 de 2003 en la que trae un listado de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores:

Son consideradas abusivas las cláusulas que:

- a) Confieran al proveedor el derecho exclusivo de interpretar el significado, alcance y cumplimiento de

las cláusulas contractuales y de las prestaciones respectivas.

- b) Otorguen al proveedor la facultad de modificar unilateralmente el contrato, excepto en aquellos casos que la autoridad de aplicación determine conforme pautas y criterios objetivos.
- c) Autoricen al proveedor a rescindir sin causa el contrato, sin que medie incumplimiento del consumidor.

En los contratos por tiempo indeterminado podrá rescindirse sin causa cuando se prevea la notificación al consumidor, con una antelación razonable conforme la naturaleza y características del objeto del contrato. La autoridad de aplicación podrá prever requisitos adicionales para casos especiales.

- d) Supediten la entrada en vigencia del contrato a un acto unilateral de aceptación por el proveedor mientras que la voluntad del consumidor haya quedado irrevocablemente expresada con anterioridad, salvo cuando se encuentre autorizado por normas legales especiales.
- e) Impongan al consumidor cualquier limitación en el ejercicio de acciones judiciales u otros recursos, o de cualquier manera condicionen el ejercicio de sus derechos, especialmente cuando:
 - I. Se disponga que las acciones judiciales puedan entablarse en jurisdicción distinta del lugar del domicilio del consumidor al tiempo de la celebración del contrato, excepto cuando se disponga que la acción se entable en el lugar del domicilio real del consumidor al tiempo en que aquélla se inicie.
 - II. Se limiten los medios de prueba, o se imponga la carga probatoria al consumidor, salvo previsión en contrario autorizada por normas legales especiales.

- III. Se limite la facultad de oponer excepciones, recusaciones u otros recursos.
- f) Establezcan que cuando el consumidor se encuentre en mora, respecto de obligaciones previstas en el contrato, el proveedor pueda cancelar la misma por compensación con otras sumas que el consumidor hubiera suministrado al proveedor como consecuencia de otro contrato o de la provisión de otro producto o servicio, excepto cuando la compensación se encuentre autorizada por normas legales especiales, en cuyo caso el proveedor deberá informarlo al consumidor en el contrato.
- g) Excluyan o limiten la responsabilidad del proveedor, por los daños causados al consumidor por el producto adquirido o el servicio prestado y/o respecto de cualquier resarcimiento o reembolso legalmente exigible.
- h) Supediten el ejercicio de la facultad de resolución contractual por el consumidor, a la previa cancelación de las sumas adeudadas al proveedor.
- i) Faculten al proveedor a suministrar otros productos o servicios no incluidos en el contrato, sin la previa y expresa aceptación por el consumidor y/o imponiéndole un plazo para comunicar que no los acepta.
- j) Impongan al consumidor un representante o apoderado para que lo sustituya en el ejercicio de los derechos que emanan del contrato, sus accesorios, o en otros negocios jurídicos.
- k) Infrinjan normas de protección del medio ambiente o posibiliten su violación (Subsecretaría de Defensa de la Competencia y Defensa del consumidor, 2003).

de manera sistemática, sin embargo, en la Ley 142 de 1994 de servicios públicos domiciliarios, en el artículo 133 se trae un listado. Veamos algunas de ellas:

ARTÍCULO 133. ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE. Se presume que hay abuso de la posición dominante de la empresa de servicios públicos, en los contratos a los que se refiere este libro, en las siguientes **cláusulas**:²¹ (Subraya y resaltado no originales)

133.1. Las que excluyen o limitan la responsabilidad que corresponde a la empresa de acuerdo a las normas comunes; o las que trasladan al suscriptor o usuario la carga de la prueba que esas normas ponen en cabeza de la empresa;²²

133.2. Las que dan a la empresa la facultad de disolver el contrato o cambiar sus condiciones o suspender su ejecución, o revocar o limitar cualquier derecho contractual del suscriptor o usuario, por razones distintas al incumplimiento de este o a fuerza mayor o caso fortuito;²³

133.6. Las que imponen al suscriptor o usuario una renuncia anticipada a cual-

²¹ Ver en concordancia: Constitución Política de Colombia Art. 333; Código Civil de Colombia Arts. 66 y 1495; Código de Procedimiento Civil de Colombia Arts. 176; Ley 142 de 1994 de Colombia Arts. 14, 17 y 128; Decreto 3735 de 2003 de Colombia Art. 22; Decreto 2153 de 1992 de Colombia Art. 45 num. 5 y Art. 50; Resolución CRA 413 de 2006 de Colombia; Resolución CRA 151 de 2001 de Colombia Arts. 1.3.10.2, 1.3.20.1, 1.3.20.2, 1.3.20.3, 1.3.20.4, 1.3.20.5, 1.3.20.6, 1.3.20.7, 1.3.20.8; Resolución CREG 108 de 1997 de Colombia Art. 11; Resolución CRT 87 de 1997 de Colombia (575 de 2002) Art. 7.6.1. Así mismo, se puede ver como jurisprudencia concordante la sentencia emanada de la Corte Constitucional de Colombia T-927 de 1999 y la sentencia del CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera, Sentencia de 2003/08/14, Expediente No. 1999-0633-01 (7240) Consejero Ponente: Camilo Arciniegas Andrade.

²² Ver en concordancia: Código Civil de Colombia Art. 1604; Código de Procedimiento Civil de Colombia Art. 177; Resolución CREG 108 de 1997 de Colombia Art. 11; Resolución CRA 151 de 2001 de Colombia Art. 1.3.20.4 y 1.3.20.5.

²³ Ver en concordancia: Código Civil de Colombia Art. 1495; Ley 95 de 1890 de Colombia Art. 1; Ley 142 de 1994 de Colombia Art. 141; Resolución CREG 108 de 1997 de Colombia Art. 11. Así mismo, se puede ver como jurisprudencia concordante la sentencia emanada de la Corte Constitucional Colombiana T-525 del 20 de mayo de 2005.

Como se dijo anteriormente, en Colombia el tema de las cláusulas abusivas no está regulado

quiera de los derechos que el contrato le concede;

133.12. Las que confieren a la empresa plazos excesivamente largos o insuficientemente determinados (...)

133.13. Las que confieren a la empresa la facultad de modificar sus obligaciones cuando los motivos para ello sólo tienen en cuenta los intereses de la empresa;

133.14. Las que presumen cualquier manifestación de voluntad en el suscriptor o usuario, a no ser que: a. Se dé al suscriptor o usuario un plazo prudencial para manifestarse en forma explícita; b. Se imponga a la empresa la obligación de hacer saber al suscriptor o usuario el significado que se atribuiría a su silencio, cuando comience el plazo aludido;

133.17. Las que limitan el derecho del suscriptor o usuario a pedir la resolución del contrato, o perjuicios, en caso de incumplimiento total o parcial de la empresa;

133.18. Las que limiten la obligación de la empresa a hacer efectivas las garantías de la calidad de sus servicios y de los bienes que entrega (...)

133.19. Las que obligan al suscriptor o usuario a continuar con el contrato por más de dos años (...)

133.21. Las que obligan al suscriptor o usuario a dar preaviso superior a dos meses para la terminación del contrato, salvo que haya permiso expreso de la comisión;

133.25. Las que impidan al suscriptor o usuario compensar el valor de las obligaciones claras y actualmente exigibles que posea contra la empresa;

133.26. Cualesquiera otras que limiten en tal forma los derechos y deberes derivados del contrato que pongan en peligro la consecución de los fines del mismo (...) (República de Colombia, 1994, art. 133).

Además, la Ley 1328 de 2009 establece:

Artículo 11. Prohibición de utilización de cláusulas abusivas en contratos. Se prohíbe las cláusulas o estipulaciones contractuales que se incorporen en los contratos de adhesión que:

a) Prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros.

b) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero.

c) Incluyan espacios en blanco, siempre que su diligenciamiento no esté autorizado detalladamente en una carta de instrucciones.

d) Cualquiera otra que limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero (República de Colombia, 2009, art. 11).

Finalmente no sobra decir que una forma interesante de saber qué cláusulas son abusivas se puede lograr a través del contraste con las cláusulas que NO son abusivas. Stiglitz trae un listado de las mismas:

No revisten carácter de abusivas aquellas cláusulas de las que de su aplicación resulten:

a) Ventajas o sacrificios análogos para ambas partes, ya que la relación de equivalencia o el principio de la máxima reciprocidad de intereses se halla preservada.

b) Perjuicios sólo para el predisponente, ya que este último no podría hacer valer la desventaja que resulta de un contenido contractual del que es su único autor.

c) Desequilibrio no excesivo ni manifiesto ya que el equilibrio contractual

no implica una simetría a rajatabla entre ventajas y sacrificios. De allí que la desnaturalización de la relación que desemboque en abuso requiere que la inequidad sea acentuada, que exista desproporción significativa.

d) Que hayan sido negociadas por ambas partes, como ser (a) la definición del objeto principal o materia sobre la que se contrata y (b) la adecuación entre el precio o retribución afrontado por el consumidor con el bien o servicio suministrado por el proveedor, si ambos elementos (a y b) se hallan expresados con claridad (art. 4, ap. 2, Directiva 93-13, C.E.E.; art. 1469 ter, Cód. Civ., italiano) (Stiglitz, 1998, p. 37-38).

En Colombia, la Corte Constitucional también ha establecido casos en los que ha descartado la calificación de abusivas a determinadas cláusulas. Tal es el caso de la sentencia C-664 de 2000, en la que se estaba discutiendo la validez de la cláusula que permitía la aceleración del plazo en los contratos de mutuo. Las palabras de la Corte fueron:

Esta cláusula de aceleración, en criterio de la Corte, no contradice normas constitucionales, porque las partes contratantes en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad pueden estipularlas libremente en sus negocios jurídicos, con el objeto de darle sentido o contenido material a los contratos, siempre y cuando no desconozcan los derechos de los demás, ni el orden jurídico que le sirven de base o fundamento, pues con ello se afectaría la validez del acto o del negocio jurídico (Corte Constitucional, 2000).

Y en la sentencia C-332 de 2001, cuando se refería al mismo tema, sostuvo: "La permisión legal, de carácter general, para pactar cláusulas aceleratorias no es en sí misma contraria al deber de no abuso de los derechos porque ella se funda en el principio de la autonomía de la voluntad y está limitada por precisas condiciones jurídicas" (Corte Constitucional, 2001).

Teniendo claros los criterios para saber cuándo una cláusula puede ser considerada abusiva o no y algunas ejemplificaciones tanto de lo uno como de lo otro, se pasará a ver los tipos de controles que se han dado frente a las mismas en la legislación comparada.

Controles a las cláusulas abusivas

El primer control que se puede dar a las cláusulas abusivas es *inter partes*, es decir, a través propiamente de la autonomía de la voluntad cuando cada una de las partes al ser "la mejor guardiana de sus propios intereses" no acepta la inclusión de una o de varias cláusulas dentro del contrato. Pero como ello no siempre es posible, puesto que en buena parte de los contratos de adhesión el consumidor está interesado en el producto y/o servicio y se encuentra frente a la disyuntiva de aceptar el total del clausulado como se le presenta predispuesto, o renunciar al bien o servicio que quiere o necesita, se hace indispensable el control "desde afuera" por parte del Estado.

Dicho control puede ser de tipo administrativo, legislativo o judicial, y se puede realizar de manera previa o posterior. El control administrativo se realiza de forma previa cuando a las entidades gubernamentales de cada país, se les confiere autoridad para vigilar determinadas actividades que se consideran de utilidad pública o de gran trascendencia dentro del mercado, como lo son las actividades bursátil, aseguradora, financiera o la de servicios públicos domiciliarios. En esos casos, los contratos que se han de presentar al público de manera predeterminada deben ser previamente aceptados por las mismas. Aquí, se establece de manera previa qué cláusulas no deben siquiera ser pactadas. El control administrativo también se puede presentar como "posterior", cuando las entidades gubernamentales tienen facultades sancionatorias con respecto a aquellos contratantes que predispongan cláusulas abusivas.

A su vez, el control legislativo es, por naturaleza, previo. La forma en que dicho control se realiza en la legislación comparada es a través de la implementación de a) **listados de cláusulas negras**, los cuales enuncian determinados tipos de cláusulas que se consideran abusivas. En caso de presentarse una de ellas, el juez deberá declararla nula, inexistente, ineficaz o tenida por no escrita, (dependiendo de la sanción que haya previsto el legislador) sin mayores consideraciones; b) **listados de cláusulas grises**²⁴ que enuncian supuestos que son presuntamente abusivos, los cuales en caso de presentarse entrarán "con un manto de sospecha" al proceso judicial, pero que dependiendo de las circunstancias del caso y del contexto contractual en el que se encuentren, el juez puede considerar que no son abusivas, es decir, que quien las redactó tendría la carga argumentativa y probatoria para demostrar que su inclusión estaba justificada, o c) con la inclusión de una cláusula abierta²⁵ que le da la potestad al juez de que en cada caso haga una valoración de los supuestos de hecho para verificar si la cláusula es abusiva o no, dependiendo de criterios generales, como por ejemplo, que sea atentatoria contra la buena fe

y/o que sea atentatoria contra el justo equilibrio de las prestaciones. Asimismo, se presentan casos en los cuales se mezclan los diferentes tipos de controles.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, se puede decir entonces que el control judicial es "posterior", pero se basa en lo establecido previamente por el legislador, y se distingue en los diferentes países que han legislado de manera sistemática las condiciones generales de contratación, las cláusulas abusivas y las sanciones a que haya lugar en cada uno de ellos. Sea cual sea el sistema empleado en un país para determinar si una cláusula es abusiva o no lo es, una vez establecida la "abusividad" de la misma, el punto siguiente es establecer cuál será la consecuencia jurídica aplicable.

El efecto jurídico que produce una cláusula abusiva lo puede señalar el legislador, y es la solución más pacífica y recurrente en el derecho comparado es la nulidad parcial de la cláusula respectiva cuando ella no constituye la parte sustancial del acuerdo. En este orden de ideas, cuando el control al contenido del contrato es posterior o judicial, el juez ordenará la exclusión de la cláusula desproporcionada o exorbitante del contenido del contrato, sin que tal "nulidad parcial" produzca una metástasis invalidante en el resto del contenido del negocio; este se mantiene y con ello se le da aplicación al principio de la preservación del contrato (Rengifo, 2004). Cuando se habla de nulidad parcial, se le encarga una función adicional al juez y es que debe integrar el contrato sin la cláusula que se ha declarado nula, si ello fuera posible²⁶.

²⁴ Un ejemplo de lista gris, está dada en Colombia en la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, en la parte final del artículo 133, cuando decreta dos reglas importantes para desvirtuar la presunción de abuso de posición dominante: a. Si se establece que las cláusulas, al considerarse en el conjunto del contrato, se encuentran equilibradas con obligaciones especiales que asume la empresa; es decir que con base en una interpretación compleja e integral del contrato se puede desvirtuar la presunción de abuso que abstracta y aisladamente puede tener la cláusula; y b. También se desvirtúa la presunción del abuso de la posición dominante cuando la cláusula, abstractamente descalificada por el legislador, se ha usado con permiso expreso de la comisión (República de Colombia, 1994).

²⁵ La cláusula abierta se caracteriza por tratarse de una disposición de carácter imperativo que tiene por objeto el control de legitimidad de los preceptos de autonomía. Su contenido halla fundamento en la preservación de la equidad y del principio de buena fe, en el equilibrio del sinalagma, en las reglas del derecho positivo, en la intangibilidad de los derechos de los consumidores, y en la finalidad misma del contrato. Es aplicable a todas las hipótesis que se le subsuman, pero específicamente a los supuestos no incluidos en el elenco de las cláusulas ineficaces de pleno derecho. Operan como una red de protección en tanto impiden que se evadan aquellas hipótesis no incluidas en los elencos de las cláusulas calificadas como abusivas. Y dada su amplitud, presupone que las listas de cláusulas – negras o grises- sean meramente indicativas. (Stiglitz, 1998, p. 50-51).

²⁶ En Argentina, antes de la expedición de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, que consagra una sanción especial, la sanción que aplicaban a las cláusulas abusivas era la nulidad consagrada de manera genérica en el artículo 18 del Código Civil de ese país, en el que se establece que es la que procede cuando no hay una sanción especial dada por el legislador. A partir de la sanción de la ley 24.240, Ley de Defensa del Consumidor, la cuestión tiene, ahora, solución normativa. El artículo 37 de dicha ley en su Capítulo IX, dedicado a los términos abusivos y cláusulas ineficaces, se inicia enunciando el efecto: "...Se tendrán por no convenidas...", de donde la sanción consiste en la nulidad parcial y de pleno derecho (...) (Stiglitz, 1998).

Teniendo en cuenta que en Colombia, como se ha dicho previamente y de manera reiterada, los temas de los contratos de adhesión y de los controles de las cláusulas abusivas no se encuentran legislados de manera sistemática, pasaremos a ver las diferentes alternativas que se pueden presentar en el derecho colombiano.

Posibles sanciones a las cláusulas abusivas en Colombia

De acuerdo con lo descrito, queda claro que el tema de los contratos de adhesión en Colombia no se encuentra reglamentado en el Código Civil de Colombia ni en el de Comercio de Colombia, y que el del control a las cláusulas abusivas se encuentra en normas dispersas en el ordenamiento. Dado lo anterior, es difícil hacer una interpretación sistemática y coherente del tema que nos diera como consecuencia una única sanción posible. La alternativa que se presenta es enfrentar los posibles efectos negativos de este tipo de contratación con las normas disponibles en los códigos tradicionales, es decir, el civil y el de comercio. Una posibilidad, es darle un nuevo y mayor alcance a las normas tradicionales de interpretación de los contratos, especialmente la regla establecida en el artículo 1624 del Código Civil, que establece:

No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella (Código Civil de Colombia, Art. 1624).

Con respecto a este principio, las legislaciones que protegen especialmente al adherente, quien como se ha expresado anteriormente en muchos casos tiene además la categoría de

consumidor, propenden porque se haga mucho más extensivo de tal manera que cobije no solo las cláusulas ambiguas sino también aquellas cláusulas que, siendo claras son abusivas, para darles una interpretación a favor del adherente en lo que se ha denominado *interpretatio pro consumatore*.

Esto podría ser posible en Colombia, en aras de proteger la buena fe del adherente y el justo equilibrio de las prestaciones, cuando dichos principios se vean afectados mediante una cláusula vejatoria, leonina o abusiva. Para ello, es importante tener en cuenta que la buena fe es un principio general del derecho que no es susceptible de ser dispuesto por las partes y que tiene, además, raigambre constitucional, de tal manera que se puede considerar como un límite claro a la facultad que tiene quien redacta un contrato de imponerle ciertas cláusulas a la contraparte, aunque sea como producto de un acuerdo de voluntades, que ya no se encontraría más dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad privada²⁷.

Otra alternativa para proteger al adherente-consumidor es replantear el papel que se le otorga al derecho supletivo²⁸ (elementos de la naturaleza consagrados en el artículo 1501 del Código Civil de Colombia), el cual en caso de los contratos de adhesión se puede volver derecho imperativo. Es decir, como el legislador cuando

²⁷ Laguado hablando de las cláusulas abusivas en el contrato de seguro sostiene que: "Hay ambigüedad no sólo cuando una cláusula admite más de una interpretación, sino también cuando existen cláusulas insuficientemente destacadas, por lo que no son aptas para advertir al asegurado de las limitaciones de cobertura que pretenden introducir; o cuando la cláusula contradice la información que previamente se había proporcionado al asegurado por medio de agentes, publicidad, folletos explicativos, etc. Lo que hay, en últimas, es una contradicción entre los términos de la cláusula y los aspectos esenciales de la póliza. A ésta cláusula se le dan los efectos derivados del inciso segundo del artículo 1624 del Código Civil de Colombia" (Laguado, 2003, p.247).

²⁸ Normas, que como su nombre lo indican, fueron consagradas por el legislador para suplir el vacío que se puede dar en un acuerdo de voluntades de las partes en la creación de un contrato, de tal manera que se entiendan incorporados aunque ellas no las hayan pactado expresamente, pero que las partes si así lo desean, pueden pactar en contrario

reguló las normas supletivas no estaba de parte de ninguno de los contratantes, se asume que la forma en que estableció las contraprestaciones recíprocas es la más justa; entonces, cuando en un contrato de adhesión se establezca una solución diferente a la establecida en ellas, que atente contra el justo equilibrio de las prestaciones en contra del adherente, se entendería que la misma no es tolerada por el ordenamiento por ser contraria justamente al principio de la buena fe (entendida como la expectativa razonable de cada una de las partes), de tal manera que en el proceso judicial, esta estipulación entraría con un manto de sospecha de ser abusiva y la persona que redactó el contrato tendría entonces la carga argumentativa de demostrar lo contrario. Dado lo anterior, se podría entender que el derecho supletivo se convierte entonces en otro límite a la autonomía de la voluntad privada en los contratos de adhesión.

Un ejemplo de aplicación de lo anterior lo refiere el profesor Rengifo en un laudo que se presentó en el Tribunal de Arbitramento de Ingeniería Ltda. contra Banco Ganadero²⁹, que sostuvo que la regla contenida en el artículo 1243 del Código de Comercio de Colombia, que dispone que “el fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión (...)” es imperativa y que, por tanto, una cláusula contractual que disminuya la responsabilidad del fiduciario debe entenderse como nula en el grado de absoluta, de acuerdo con el artículo 899 del Código de Comercio de Colombia, sin afectar dicha nulidad la totalidad del negocio (Rengifo, 2004). Es importante recordar que con base en el artículo 1604 del Código Civil de Colombia las reglas relativas a la responsabilidad civil son susceptibles de ser modificadas por acuerdo entre las partes, por lo tanto, *tienen carácter supletivo*, de tal manera que en principio, la modificación de la misma en el contrato de fiducia se podría haber entendido como permitida, pero el Tribunal decidió que la misma era contraria al orden público, de tal

manera que la sanción correspondiente era la nulidad absoluta.

Pero, como a pesar de lo anterior, los jueces pueden ser temerosos de decretar que una cláusula es abusiva por ir en contra del derecho supletivo o de los principios generales del derecho, es conveniente ilustrar los argumentos en los que se puede basar el operador jurídico para el control de las cláusulas abusivas a pesar de no tener regla expresa que lo autorice. Inicialmente, se puede considerar el principio general del derecho de las obligaciones y de los contratos que establece que el límite a la autonomía de las partes está constituido por la ley, el orden público y las buenas costumbres, entendiendo que en el concepto de orden público se encuentran incorporados, entre otros, valores de la sociedad que se encuentran en sede constitucional, como son el derecho a la dignidad humana, la protección especial a los consumidores y la buena fe.

Además de ello, se puede tener en cuenta, por ejemplo, el artículo 1535 del Código Civil de Colombia, que sostiene que “son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga”, que, junto con el artículo 1522, establece que “(...) la condonación del dolo futuro no vale”, le posibilitan al juez declarar como abusivas las disposiciones contractuales que estipulan la exoneración de responsabilidad para la parte que redactó el contrato.

A pesar de que el caso anterior pudiera parecer supremamente puntual, es importante traerlo a colación puesto que ilustra los argumentos que puede utilizar el juez, para declarar que una cláusula es vejatoria, puesto que fue justamente con las exonerativas de la responsabilidad con las que se empezó a trabajar el tema de las cláusulas abusivas en Colombia. El profesor Rengifo (2004) sostiene que ello fue así, cuando la Corte Suprema de Justicia, en una sentencia del 9 de

²⁹ Laudo del 3 de junio de 1992. Árbitros: Ernesto Gamboa Morales, Antonio de Irisarri Restrepo y Luis Fernando Varela Sánchez.

diciembre de 1936, cuyo magistrado ponente fue Antonio Rocha, estableció que las mismas, prácticamente iban en contra del concepto mismo de obligación.

Ahora, una vez que el juez llegue a la conclusión de que una cláusula efectivamente es abusiva, atendiendo a las características expuestas anteriormente y justificando la necesidad de controlarlas apoyándose en los argumentos previamente expuestos, surge la pregunta de qué sanciones puede declarar en el caso concreto. Lo primero que debe hacer el juez cuando se encuentre frente a una de ellas, es ver si hay sanción específica en alguna norma y, en tal caso, aplicarla; si por el contrario, el supuesto no está reglamentado de manera expresa, tendría que aplicar otra sanción que puede ser o la inexistencia, la ineficacia, la nulidad relativa o la nulidad absoluta, dependiendo de las razones que se den para estipular su carácter de abusiva.

Veamos primero, ejemplos de cláusulas a las que la ley les ha establecido una sanción específica:

— *Casos en que la sanción es la nulidad*

- 1) La disminución de la responsabilidad no cabe en ciertas hipótesis expresamente prohibidas por el legislador: "El pacto de no pedir más en razón de una cuenta aprobada, no vale en cuanto al dolo contenida en ella, sino se ha condonado expresamente. La condonación del dolo futuro no vale" (art. 1522 Código Civil de Colombia);
- 2) "Será absolutamente nula toda estipulación que excluya o limite la garantía por vicios ocultos, cuando el vendedor los haya callado de mala fe al comprador" (art. 936 Código de Comercio de Colombia);
- 3) El artículo 133 de la Ley 142 de 1994 (República de Colombia, 1994), en su penúltimo inciso, establece que "si se anula una de las cláusulas a las que se refiere este artículo,

conservarán, sin embargo, su validez todas las demás que no hayan sido objeto de la misma sanción". De este aparte se resalta que obviamente la sanción que debe declarar el juez cuando encuentre que hay una cláusula abusiva es la nulidad (aunque no se establece si la misma es absoluta o relativa), pero es lo que la doctrina internacional denomina una nulidad parcial, es decir, aquella que no afecta la totalidad del contrato y que, por el contrario, le transfiere al juez la carga de integrar el contrato sin la cláusula que se invalida.

- 4) En virtud de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 4 de marzo de 1988, M. P. Héctor Marín Naranjo, se establece que son nulas las cláusulas que modifiquen los términos de prescripción, a menos que haya norma legal que lo autorice, como sucede por ejemplo en los artículos 1923 del Código Civil de Colombia³⁰ o el 1938 del mismo estatuto³¹ (Citada en Rengifo, 2004, p. 331).

— *Casos en que la sanción es la ineficacia*

- a) "Las cláusulas del contrato que impliquen la exoneración total o parcial de parte del transportador de sus obligaciones o responsabilidades, no producen efectos" (art. 992 Código de Comercio de Colombia).
- b) "Será ineficaz toda estipulación que despoje a los socios del derecho de retiro o que modifique su ejercicio o lo haga nugatorio. Sin embargo, será válida la renuncia del derecho de retiro, después del nacimiento del mismo" (República de Colombia, Ley 222 de

³⁰ El artículo 1923 del Código Civil de Colombia establece: "La acción redhibitoria durará seis meses respecto de las cosas muebles y un año respecto de los bienes raíces, en todos los casos en que las leyes especiales o las estipulaciones de los contratantes no hubieren ampliado o restringido este plazo" (Subraya no original)

³¹ El artículo 1938 del Código Civil de Colombia establece: "El pacto comisorio prescribe al plazo prefijado por las partes sino pasare de cuatro años, contados desde la fecha del contrato"

1995, artículo 17). En otras palabras, la renuncia del derecho de retiro antes de que se presente la causal se puede entender como una cláusula abusiva, así como aquella que desconozca la posibilidad para los socios de ejercerlo o aquella que lo modifique o lo haga difícil de invocar. Y son cláusulas abusivas de forma tan clara, que el mismo legislador las excluye del contenido del contrato, *ipso iure*, sin necesidad de control judicial.

— **Casos en que la sanción es que la estipulación se tenga por no escrita**

- a) "Las cláusulas del contrato que priven de toda participación en las utilidades a algunos de los socios se tendrán por no escritas, a pesar de su aceptación por parte de los socios afectados con ellas" (Artículo 150 del Código de Comercio de Colombia).
- b) "Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros", y termina la norma diciendo que "Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades ante dichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos" (República de Colombia, Ley 222 de 1995, Artículo 24).

— **Casos que no tengan sanción específica en el ordenamiento legal**

Ahora, en caso de que el juez no encuentre que la cláusula está descrita en alguna parte de la legislación pero, sin embargo, con base en las características explicadas previamente o porque encuentra que la cláusula se encuentra contemplada en las listas establecidas en la legislación internacional, consagradas como listas negras o grises llega a la conclusión que la misma es abusiva, puede decretar diferentes sanciones.

Por ejemplo, puede decir que la cláusula se considera inexistente³² en aquellos casos en que encuentre una estipulación contractual que remita a otro documento que no le haya sido presentado al adherente para su conocimiento, entendiendo que frente tal cláusula hace falta el requisito esencial del consentimiento.

Si, por ejemplo, se encuentra una cláusula en que aparezca que se atenta contra la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones³³, el juez podrá declarar o bien, la nulidad relativa, teniendo en cuenta que en virtud del inciso final del artículo 1742 del Código Civil de Colombia³⁴, cuando no hay sanción expresa frente a un acto en concreto, se aplicará este tipo de nulidad, que se establecerá como la regla general en cuanto a sanciones; o bien, en caso de que considere que la buena fe y el principio del justo equilibrio de las prestaciones hace parte del concepto de orden público, puede decretar la nulidad absoluta, atendiendo a que en virtud del inciso final del artículo 1518, es moralmente imposible (entiéndase ilícito) el hecho prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público, y que en el inciso segundo del artículo 1524 hay causa ilícita cuando la misma "es contraria a las buenas costumbres o al orden público" y la sanción establecida para el objeto y la causa ilícita es la nulidad absoluta, por mandato del artículo 1741 del mismo estatuto³⁵.

³² Acerca de la inexistencia se puede consultar Ospina y Ospina (2000).

³³ La profesora Yolima Prada (2010) sostiene que el fundamento para declarar la nulidad absoluta no es el objeto ilícito sino el no estar acorde con las definiciones de contrato oneroso y conmutativo que se consagran en los artículos 1497 y 1498 del Código Civil de Colombia, que aunque no exigen igualdad en las prestaciones, una ventaja excesiva estaría negando de plano el requisito exigido por el legislador de que las prestaciones se miren como equivalentes, para que el negocio en cuestión fuese considerado conmutativo..

³⁴ El inciso final del artículo 1742 del Código Civil de Colombia establece: "Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa".

³⁵ El autor colombiano Sergio Muñoz (2010) comparte esta posición al sostener que el impetrar cláusulas abusivas constituye una violación al mandato del ordinal 1 del artículo 95 de la Constitución Política que impone como deber de todo ciudadano

Conclusiones

Las cláusulas abusivas son aquellas que atentan contra los principios de la buena fe y del justo equilibrio de las prestaciones. Además de las características ya mencionadas, dependiendo del tipo de legislación que las reglamente, se exigirá, para que las mismas puedan ser controladas por el Estado "desde afuera", que o bien se encuentren incorporadas en un contrato de adhesión (de tal manera que el hecho de que se hubiese discutido el contenido contractual, descartaría el carácter de abusiva), o que el contrato se haya celebrado con un consumidor (de tal manera que el hecho de que el co-contratante no sea consumidor excluiría el control de dichas cláusulas). Dado lo anterior, el ámbito máximo de aplicación del control a las cláusulas abusivas no está absolutamente definido, pero hay certeza en cuanto al ámbito mínimo, es decir, la doctrina acepta de manera prácticamente unánime, que cuando nos encontremos frente a un contrato de adhesión con consumidores, procederá el control de las mismas.

La forma en que el Estado ejerce tal control puede ser de tipo administrativo, legislativo o judicial. El control legislativo es por naturaleza previo; el judicial es posterior, y el administrativo puede ser previo o posterior.

En caso de que el control a las cláusulas abusivas lo haga un juez, la sanción más generalizada en el ámbito internacional parece ser la nulidad (sin distinguir si la misma es absoluta o relativa), pero con el carácter de parcial. Lo que se quiere significar con ello es que el hecho de que una cláusula sea declarada nula no afecta el contenido del resto del contrato y al juez se le encarga

⁷ "respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios". En consecuencia, se debe aplicar el artículo 899 ordinal primero del Código de Comercio de Colombia que establece que el negocio será absolutamente nulo "(c)uando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa". Así mismo, Carlos Andrés Laguado (2003) sostiene que "las cláusulas abusivas por violar el principio de la buena fe, que es derecho positivo, adolecen de objeto ilícito y sufren de nulidad".

la misión de integrar el resto del contenido contractual prescindiendo de dicha cláusula.

En Colombia, pese a que el tema no está reglamentado de manera sistemática, se pueden encontrar supuestos aislados de cláusulas que no son toleradas por el ordenamiento con diferentes sanciones que pueden ser la inexistencia, la nulidad, la ineficacia, que se tengan por no escritas o la nulidad. En caso de que un juez encuentre una cláusula que tenga el carácter de abusiva pero que no tenga una sanción expresa en la legislación, aún así podría descartar su aplicación en un caso determinado, decretando la inexistencia (en caso de que el adherente no haya conocido y aceptado la cláusula); la nulidad absoluta cuando considere que por ir en contra del principio de la buena fe es contraria al orden público y, en consecuencia, tiene objeto y causa ilícita o la nulidad relativa, en caso de considerar que esa es la sanción aplicable en los casos que la ley no consagre expresamente una sanción diferente.

Todo lo anterior es una muestra del largo camino que aún nos queda por recorrer si queremos lograr que se dé efectiva protección a los derechos de los consumidores y usuarios frente a las cláusulas abusivas, teniendo en cuenta que para ello se debe limitar la autonomía de la voluntad privada de los estipulantes y hacer una adecuada reinterpretación de los principios de la buena fe y de la conmutatividad de los contratos.

Referencias bibliográficas

- Bernal, M. & Villegas, L. (2008). Problemas de la contratación moderna y la protección al consumidor en las tecnologías de información y comunicación. *Revista Universitas*, 117, 153-170.
- Calderón, J. J. (2011). *La constitucionalización del derecho privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario, Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes & Temis.

- Consejo de Estado, República de Colombia. (2003). Expediente No. 1999-0633-01 (7240). Colombia.
- Corte Constitucional, República de Colombia. (1999). Sentencia T-927 de 1999. Colombia.
- Corte Constitucional, República de Colombia. (2000). Sentencia C-664 de 2000. Colombia.
- Corte Constitucional, República de Colombia. (2001). Sentencia C-332 de 2001. Colombia.
- Corte Constitucional, República de Colombia. (2003). Sentencia C-150 de 2003. Colombia.
- Corte Constitucional, República de Colombia. (2005). Sentencia T-525 de 2005. Colombia.
- Corte Suprema de Justicia, República de Colombia. (2001). Sentencia de casación del 2 de febrero de 2001. Colombia. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Expediente No: 5670
- Corte Suprema de Justicia, República de Colombia. (2001A). Sentencia de casación del 2 agosto de 2001. Colombia. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Expediente No: 6146.
- Echeverri, V. M. (2010). Del contrato de libre discusión al contrato de adhesión. *Revista Opinión Jurídica*, 9, 127- 144.
- Laguado, C. (2003). Condiciones generales, cláusulas abusivas y el principio de buena fe en el contrato de seguro. *Revista Universitas*, 105, 231-251.
- Muñoz, S. (2010). El principio de la buena fe y su incidencia en la interpretación del contrato. Nulidad de las cláusulas abusivas en el derecho colombiano. En: Alterini, Arrubla, Bonivento, Cárdenas, Cubides, De ángel & otros, *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*. (Tomo IV, vol. 1), Colombia: Pontificia Universidad Javeriana & Temis.
- Ospina, G. & Ospina, E. (2000). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Prada, Y. (2010). De las cláusulas abusivas En: Alterini, Arrubla, Bonivento, Cárdenas, Cubides, De Ángel & otros, *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, (Tomo IV, vol. 1), Colombia: Pontificia Universidad Javeriana & Temis.
- Presidencia de la República, Colombia. (1993). Decreto 663 de 1993 (Estatuto Financiero). Colombia.
- Rengifo, E. (2004). *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. (2ª Ed.) Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- República de Colombia. (1991). *Constitución Política*. Colombia.
- República de Argentina. (1993). Ley 24.240. Argentina.
- República de Colombia. (1993). Decreto 2359 de 1993. Colombia.
- República de Colombia. (1994). Ley 142 de 1994. Estatuto de Servicios Públicos Domiciliarios. Colombia.
- República de Colombia. (1995). Ley 222 de 1995. Colombia.
- República de Colombia. (2009). Ley 1328 de 2009. Colombia.
- República de Colombia. (2003). Ley 795 de 2003. Colombia
- Silva, P. (2001). Contratos de adhesión, condiciones contractuales generales (condiciones generales de los contratos o de la contratación y las cláusulas abusivas). En: A. A. Alterini, J. L. Mozos & C.A. Soto (Dirs.). *Contratación contemporánea*. (Tomo 2). Colombia: Temis; Perú: Palestra.
- Soto, C. A. (2000). La transformación del contrato: del contrato negociado al contrato predispuesto. En: A. A. Alterini, J. L. Mozos & C.A. Soto (Dirs.). *Contratación contemporánea*. (Tomo 2). Colombia: Temis; Perú: Palestra.
- Stiglitz, R. (1998). *Contratos Civiles y Mercantiles*. (Tomo 2). Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Subsecretaria de defensa de la competencia y defensa del consumidor, República de Argentina. (2003). Resolución 26 de 2003. Argentina
- Valencia, A. & Ortiz, A. (1998). *Derecho civil. De las obligaciones* (9ª Ed.) Bogotá, Colombia: Temis.
- Vega, Y. (2001). El derecho del consumidor y la contratación contemporánea: consideraciones preliminares a favor de la construcción dogmática de los contratos de consumo. En: A. A. Alterini, J. L. Mozos & C. A. Soto (Dirs.). *Contratación contemporánea*. (Tomo 2). Colombia: Temis; Perú: Palestra.