

Sanciones jurídicas a la estipulación de cláusulas abusivas en los contratos por adhesión en Colombia*

Legal sanctions to unfair terms content in contracts of adhesion in Colombia

Jonathan Zapata Flórez, Alejandra Londoño Betancur, Daniel Gómez Sánchez,
Felipe Osorio Tabares, Luis Gabriel Ladino Ayala, Santiago Velásquez Castaño,
Sebastián Maya Vélez, Sebastián Sierra Suárez**

**Integrantes del semillero de investigación denominado Contratación privada contemporánea, adscrito al grupo de investigación Saber, Poder y Derecho, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia
Correo electrónico: jonathan.zapataf@udea.edu.co

Resumen

Los contratos por adhesión acarrear una relación contractual asimétrica entre las partes contratantes. La parte dominante, quien tiene la facultad para definir la estructura y contenido del contrato, puede incorporar cláusulas favorables sólo para ella y que perjudican al otro contratante. El propósito de este artículo es identificar las sanciones que nuestro ordenamiento jurídico establece frente a las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión, y abordar el control jurisdiccional de estas cláusulas en aquellos casos en los que la ley no dispone una sanción expresa. El escrito comienza definiendo las cláusulas abusivas, sus características y —algunas tipologías; luego aborda el control normativo según las reglas contenidas en las leyes que han regulado el fenómeno; finalmente, se centra en el estudio del control jurisdiccional de las cláusulas abusivas no reguladas expresamente en el ordenamiento, así como en definir los criterios para una valoración de la abusividad.

Palabras clave: Cláusulas abusivas, contratación contemporánea, contratos por adhesión, control jurisdiccional, juicio de abusividad.

Abstract

The contracts of adhesion involve an asymmetric position between the parties. The dominant party, which has the faculty to set the structure and content of the contract, has the possibility of including favorable clauses for himself but detrimental for the other. This article intends both, to identify the sanctions that our legal system establishes against unfair terms in contracts of adhesion and to study the cases of judicial review of these clauses when there is no specific law that establishes expressed sanctions. The writing begins by defining the unfair terms, their main characteristics and some typologies. Then, it describes the legal control developed in specific laws that rule the subject; finally, the writing focuses on the study of the judicial review of unfair terms when these have no expressed sanctions in Colombian legal system, to end by defining the criteria to value the abuse of a dominant position.

Keywords: Unfair terms, contemporary contracting, contracts of adhesion, jurisdictional control, judgment of abuse.

Introducción

Los diferentes cambios en las realidades sociales y económicas originados por fenómenos como la globalización, el progreso económico, la revolución industrial y el desarrollo tecnológico, han generado modificaciones a la

Recepción:
23 de febrero de 2016

Revisión:
15 de junio de 2016

Aprobación:
30 de junio de 2016

Artículo de investigación

* Artículo elaborado para ser presentado en el IV Encuentro de Semilleros de la Facultad, que se realizó en el municipio de Yarumal (Antioquia) el 5 de noviembre de 2015. Profesoras coordinadoras del semillero: Luz María Wills Betancur y Sandra Eliana Cataño Berrío.

forma como se configuran y se celebran los negocios jurídicos entre particulares. En este contexto, marcado también por el crecimiento de la población y de sus necesidades, aunado al aumento de la producción de bienes y servicios, se ha originado un incremento del tráfico económico, lo que hace necesario un nuevo sistema de contratación que permita, de manera ágil y oportuna, responder a las necesidades propias de una economía de mercado, pero que al mismo tiempo posibilite la reducción de los costos de transacción en la distribución de los bienes y la prestación de los servicios.

En este escenario surge la contratación en masa, “ante la necesidad urgente de viabilizar y agilizar el intercambio masivo de bienes y servicios a un menor costo” (Soto, 2009, p.327). Este tipo de contratación se expresa a través de contratos de adhesión y presupone que las relaciones entre los contratantes no se estructuran sobre la base de la igualdad, toda vez que una de las partes puede, de manera previa, disponer los términos en que deberá celebrarse el contrato, afectando, de esta manera, el equilibrio contractual. El contrato por adhesión se convierte en el campo propicio para el abuso, dado que la parte dominante de la relación tiende a abusar de su posición e incorporar disposiciones que contienen condiciones favorables solo para ella y que perjudican al otro contratante.

En este orden de ideas, el propósito de este artículo es identificar las sanciones que nuestro ordenamiento jurídico establece frente a las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión¹ y abordar el control jurisdiccional de estas cláusulas en aquellos casos en los que la ley no dispone una sanción expresa.

El escrito se estructura de la siguiente manera, en primer lugar se desarrollarán los conceptos

¹ Cabe aclarar que en este trabajo se asume el contrato por adhesión como aquel en el cual una de las partes (el adherente) se suma o adhiere en bloque a las disposiciones contractuales establecidas, en forma previa, por el predisponente. Teniendo en cuenta, además, que estos contratos no son exclusivos de la contratación en masa o de las relaciones de consumo.

relacionados con las cláusulas abusivas, sus características y algunas tipologías; en segundo lugar, se abordará el control normativo que el ordenamiento nacional establece para las cláusulas abusivas, para lo cual se hará uso de las reglas contenidas en el régimen de servicios públicos domiciliarios, en el del sistema financiero, en el del servicio de telecomunicaciones y en el Estatuto del Consumidor; y, en tercer lugar, se centrará el estudio en el control jurisdiccional de las cláusulas abusivas no reguladas expresamente en el ordenamiento, al igual que los criterios para la valoración de la abusividad.

Caracterización de las cláusulas abusivas

Stiglitz (1998) ha identificado dos clases de concepciones en el tratamiento de las cláusulas abusivas, una amplia, según la cual estas cláusulas pueden darse tanto en los contratos de libre discusión como en los de adhesión; y otra restringida, que limita su presencia a los contratos de adhesión (pp.38-40). Sobre esta última se partirá para efectos de este escrito porque ella supone la conceptualización y caracterización de las cláusulas abusivas en el marco de los contratos por adhesión.

Las cláusulas abusivas son disposiciones contractuales, que revisten un carácter de *excesivas* (Soto, 2005) que las hace acreedoras de especial atención por parte de los ordenamientos jurídicos modernos. Luego, en términos globales se podría aseverar que las cláusulas abusivas son estipulaciones antijurídicas que no se compadecen con el ordenamiento jurídico por comportar una inobservancia del principio de la buena fe y de la equidad en materia contractual, desconociendo con ello “la función económica y social del contrato” (Prada, 2010, pp. 311-313), al atribuir al predisponente un beneficio arbitrario a cambio de un perjuicio injustificado para el adherente.

En Colombia con la Ley 1480 de 2011 o Estatuto del Consumidor, se introdujo una regulación legal de las cláusulas abusivas en materia de consumo. El artículo 42 dispuso que estas cláusulas son 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.

Ahora bien, las cláusulas abusivas implican unas características formales y materiales, esto repercutirá en el análisis jurisdiccional al cual se aludirá más adelante, puesto que serán susceptibles de control jurisdiccional sólo las cláusulas que revistan las particularidades que a continuación se formulan:

- Que hayan sido dispuestas solo por una parte (Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, 2 de febrero de 2001, expediente 5670), esto es, no pudieron ser negociadas, debieron ser impuestas por parte del predisponente al adherente sin que este tuviese posibilidad real o efectiva de discutir su introducción al contrato (Echeverri, 2011).
- Desequilibrio excesivo e injustificado entre los derechos y las obligaciones de las partes² (Acosta & Jiménez, 2015, p.28). Este puede generar una afectación al equilibrio económico fundado en el principio de reciprocidad de las obligaciones y no por ejemplo al de negociación. El rompimiento del equilibrio contractual conlleva un importante juicio ya que dicha inequidad debe valorarse a la luz del contrato considerado en su totalidad, es decir, una cláusula que

² Esto se refiere a un desequilibrio normativo, esto es una disparidad entre derechos/obligaciones de las partes, tomando como referente lo propuesto por Rodríguez (2013).

en principio puede ser vejatoria –que agrava la situación del adherente- (Soto, 2005) puede no serlo si de la lectura sistemática del contrato se desprende que conserva el equilibrio de las cargas (Suescun, 2009). En términos generales, la excesiva onerosidad de una prestación se determina comparándola con la contraprestación de la otra parte (Gutiérrez, 2010, p.25).

- Vulneración del principio de la buena fe. Se constituye al constatarse que la actuación de las partes carece de honorabilidad, probidad, pulcritud; que para este caso en concreto será la inclusión de una cláusula que conlleva un desequilibrio normativo injustificado. Este asunto atañe especialmente a las prescripciones normativas establecidas en los artículos 83 de la Constitución Política, 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio.

Desde la regulación normativa, el control de las cláusulas abusivas puede darse a través de:

- Listado taxativo o cerrado, en el cual se determina específicamente las cláusulas que se califican como abusivas. Una cláusula asentada en estos listados siempre será abusiva y al operador sólo le está dado aplicar la sanción establecida.
- Listado enunciativo, en el cual se determinan supuestos donde se presume el abuso de la cláusula, pero que puede ser desvirtuado en el proceso jurisdiccional. Se espera que el operador realice un estudio sistemático de la relación comercial a través de un debate probatorio, para determinar el carácter abusivo o no de la estipulación.
- Sistema abierto, a partir de criterios generales que permiten determinar el carácter abusivo, el operador está en libertad de hacer una valoración (juicio de abusividad) a través de principios contractuales como la buena fe y el equilibrio entre las partes³.

³ Es importante precisar que desde el ámbito doctrinal existen diversas

Control normativo de las cláusulas abusivas en Colombia

En Colombia el Estatuto del Consumidor, ley 1480 de 2011, fue la norma que procuró recoger sistemáticamente la sanción a la estipulación de las cláusulas abusivas, sin embargo, ya existían leyes que trataban el asunto de forma dispersa, por tanto, es necesario definir unos parámetros de unidad normativa en la materia.

En este aparte se abordará lo que en términos generales se ha denominado el control normativo, que es de tipo previo y que comúnmente se ha valido de listados de cláusulas taxativas o cerradas, enunciativas y abiertas. En Colombia esta normativa se encuentra dispuesta en tres regímenes especiales y uno general dirigidos todos a la protección de los consumidores.

La Ley 142 de 1994, régimen de servicios públicos domiciliarios, en su artículo 133 enuncia veintiséis supuestos de hecho en los cuales se presume el abuso de la posición dominante de las empresas. Esto se hace a través de un listado enunciativo de cláusulas abusivas, entre ellas, las que excluyen o limitan la responsabilidad de la empresa, las que le dan la facultad de disolver

propuestas para la clasificación de las cláusulas abusivas. Criado-Castilla (2014, pp. 55-82) propone una clasificación desde el punto de vista formal (cláusulas abiertas o generales y cerradas o particulares) y otra con fundamento en criterios materiales (tomando en cuenta los derechos y facultades, por una parte, y las cargas y obligaciones, por la otra). Manifestando, de igual forma, que el legislador colombiano ha establecido un listado o relación de cláusulas abusivas que oscilan entre las llamadas listas grises, esto es cláusulas que a primera vista pueden ser consideradas abusivas, pero cuya abusividad puede ser después enjuiciada, y listas negras, en las que opta por la nulidad de las mismas, sin ningún otro enjuiciamiento de estas. A su vez, Echeverri (2011) propone que para el control legislativo de las cláusulas abusivas se pueden considerar listados de cláusulas negras, que "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); b) listados de cláusulas grises que enuncian supuestos que son presuntamente abusivos, los cuales en caso de presentarse entrarán 'con un manto de sospecha' al proceso judicial, pero dependiendo de las circunstancias del caso y del contexto contractual en el que se encuentren, el juez puede considerar que 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 abierta 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." (p. 138). Cabe decir que las legislaciones, como la nuestra, con no poca frecuencia, establecen listados mixtos atendiendo al carácter de los supuestos de hecho que consagran.

o cambiar las condiciones del contrato, las que condicionan el consentimiento de la empresa al ejercicio de cualquier derecho contractual o legal del consumidor o usuario, entre otras. La sanción para este tipo de cláusulas es la nulidad parcial, que sólo puede ser decretada por el juez. Interpretamos que en este caso se trataría de una nulidad absoluta con fundamento en objeto ilícito⁴.

La Ley 1328 de 2009⁵ establece el régimen legal de protección al consumidor financiero, mediante el reconocimiento de principios y reglas aplicables en las relaciones que se presentan entre las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia y el consumidor financiero. En su artículo 11 establece como una de las obligaciones por parte de las entidades vigiladas la de no convenir cláusulas que afecten el equilibrio entre las partes al interior del contrato, además de presentar una lista de prácticas que se consideran abusivas, entre estas: el invertir la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero y otras prácticas que pueda establecer la Superintendencia Financiera como abusivas, sin excluir cualquiera que limite los derechos de los consumidores, exonere o limite la responsabilidad de las entidades o que pueda generar perjuicios para el consumidor⁶ (Moreno, 2014, p.339).

4 Se trataría de objeto ilícito por desconocer una norma imperativa, incluso de carácter constitucional, como es la prohibición del abuso del derecho (art. 95, num. 1º Constitución Política) y el principio de la buena fe (art. 83 de la Constitución Política).

5 Previamente, en el estatuto orgánico del sistema financiero (Decreto ley 663/93) se puede observar en el artículo 98, numeral 4.1 -sobre las reglas generales- que se insta a las entidades reguladas por la Superintendencia Financiera para que se abstengan de colocar cláusulas exorbitantes que afecten el equilibrio del contrato o puedan dar lugar a un abuso de la posición dominante, permitiendo esto entender que esta norma buscaba evitar la inclusión de cláusulas abusivas por parte de las entidades financieras, aprovechándose de su clara posición fuerte en el mercado, adicionalmente, se observa una definición amplia de lo que es una cláusula abusiva aquí, permitiendo la llamada "lista abierta". Según esta norma, la sanción aplicable a las cláusulas abusivas en los contratos financieros será la de ineficacia parcial sobre la estipulación respectiva, tal y como lo establece en el artículo 184, numeral 2 -sobre el régimen de pólizas de seguro y tarifas- del decreto-ley en cuestión.

6 La Circular Externa 039 de 2011, de la Superintendencia Financiera, presenta un listado de cláusulas abusivas que se pueden configurar en relaciones con el consumidor financiero. Esta facultad de dicha Superintendencia fue declarada constitucional mediante la sentencia C-909 de 2012, Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla. Así mismo, recientemente, la Circular Externa 018 de 2016, de la misma entidad administrativa, ilustra algunos casos de cláusulas consideradas abusivas.

La sanción prevista para las cláusulas antes expuestas será, de acuerdo al párrafo del artículo 11, que estas sean tomadas por no escritas o queden sin efectos para el consumidor financiero, es decir, una ineficacia de pleno derecho.

La Ley 1341 de 2009, que regula el sistema de telecomunicaciones, en su artículo 53 establece el régimen de protección al usuario, disponiendo como su derecho la "Protección contra conductas restrictivas o abusivas". Además permite que la Comisión de Regulación de Comunicaciones sea la encargada de fijar el régimen jurídico aplicable para su protección, esto lo hace a través de sus resoluciones.

En desarrollo de la referida ley, la Resolución 3066 de 2011 establece el régimen aplicable durante el ofrecimiento, la celebración y la ejecución de estos contratos. Asimismo, en su artículo 14 fija una lista de 11 cláusulas prohibidas y consagra que si se introduce una de estas, no surtirán efectos jurídicos y se entenderán por no escritas, es decir, se sancionan con la ineficacia de pleno derecho. Por ejemplo, algunas de las cláusulas prohibidas son aquellas que le concedan al proveedor plazos que excedan la ley o cláusulas que le impidan al usuario terminar el contrato frente al incumplimiento del proveedor.

La Ley 1480 de 2011 o Estatuto del Consumidor, es la regulación más reciente y pretende cumplir un papel de unificación del tema (art. 2º de la Ley 1480 de 2011)⁷. El régimen de protección contractual contra la inclusión de las cláusulas abusivas se encuentra concretamente dispuesto en los artículos 42, 43 y 44 de dicha norma y vincula un método de control que la doctrina ha considerado como el más óptimo (Stiglitz, 1998, p.47) por cuanto consagra primero, una definición legal

7 El artículo 2º de la Ley 1480 de 2011 establece que las normas del Estatuto del Consumidor (entre ellas las disposiciones sobre cláusulas abusivas) serán aplicables, en general, a las relaciones de consumo, salvo que exista una regulación especial. En este sentido el Estatuto del Consumidor es una norma supletiva, que ha recogido sistemáticamente la definición y sanción de las cláusulas abusivas.

que obra como "prohibición general" (Villalba, 2011, p.187) o cláusula abierta; y segundo, un listado enunciativo de cláusulas que incluyen supuestos de hechos objetivamente abusivos y otros presumiblemente abusivos⁸.

En el artículo 43 se contempla una lista de estas cláusulas, un ejemplo de ellas son las cláusulas que limiten la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley le corresponden. La sanción en este caso es la ineficacia de pleno derecho, es decir, su inexistencia⁹.

Ahora, a propósito de la sanción, y a pesar de que hay una diferencia sustancial del resto de regímenes con el de servicios públicos domiciliarios, sí hay un consenso en la doctrina en señalar que bien sea ineficacia de pleno derecho o nulidad, aquella por regla general será de carácter parcial (art. 902 del Código de Comercio)¹⁰ en aras del principio de conservación de los negocios jurídicos (Echeverri, 2011, p.138).

Control jurisdiccional a las cláusulas abusivas que no cuentan con consagración normativa expresa y juicio de abusividad

Tal como se expuso en el acápite precedente, en nuestro ordenamiento jurídico existe un control normativo de las cláusulas abusivas en los sectores que involucran actividades de consumo. Pese a esto, la legislación al respecto se queda corta toda vez que en ella sólo se enmarcan los supuestos generales que configuran las cláusulas abusivas; en consecuencia no se alcanzan a enumerar todos los supuestos que pueden llegar a configurar

8 Criado-Castilla considera que la lista contenida en el artículo 43 del Estatuto del Consumidor es "indicativa o ejemplificativa" y nunca deberá tomarse en cambio como exhaustiva, de manera que todos los supuestos enunciados en ella son presuntamente abusivas pero no objetivamente abusivos (Criado-Castilla, 2015, p. 6)

9 En una interpretación sistemática de esta ley (art. 43 y 44) se entiende que la sanción es la ineficacia de pleno derecho y no la nulidad, de conformidad con el concepto 14-375 de 2014 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

10 Artículo 902 del C. de Co.: "La nulidad parcial de un negocio jurídico, o la nulidad de alguna de sus cláusulas, solo acarreará la nulidad de todo el negocio cuando aparezca que las partes no lo habrían celebrado sin la estipulación o parte viciada de nulidad."

una cláusula abusiva. Teniendo en cuenta, además, que en el mundo de los negocios jurídicos entre particulares, es factible que se den estipulaciones contractuales con carácter abusivo, que no logran ser encajadas en alguno de los supuestos contemplados por las normas antes enunciadas, encaminadas a la protección de los consumidores.

Lo anterior, conlleva a cuestionarse sobre la posibilidad de catalogar una cláusula como abusiva e imputarle una sanción en un ámbito jurídico no regulado específicamente. Es por ello que en este apartado se hace necesario identificar los parámetros que se encuentran dispersos en nuestro ordenamiento y que han de servir a los operadores jurídicos para determinar si una cláusula es o no abusiva, en aquellos casos en que no existe una consagración normativa del supuesto de hecho y su correspondiente sanción.

Al momento de determinar cuál ha de ser la valoración jurídica que se debe hacer sobre las estipulaciones abusivas, es importante considerar primero si el operador jurídico puede aplicar las sanciones previstas para estas estipulaciones, sin contrariar o limitar el principio de la autonomía privada de los contratantes. Se puede afirmar que, habiendo existido un acuerdo de voluntades entre dos o más personas, no se vería la necesidad de que sea modificado aquello que ya fue pactado y discutido en la etapa precontractual, pero lo cierto es que incluso aquellas cláusulas y obligaciones no son, en muchas ocasiones, discutidas debido a diversas razones, entre ellas la necesidad de reducir costos y riesgos a la hora de contratar, esto se hace más evidente cuando de la contratación forma parte una empresa dedicada usualmente a la actividad objeto del negocio, quien, por regla general, ostenta una posición dominante.

Es así como, la libre discusión de los términos del contrato se ve desplazada a favor de modelos de contratación más efectivos, sin

embargo este nuevo tipo de contratación no puede desconocer los límites a la autonomía contractual como son las leyes imperativas, el orden público y las buenas costumbres, los cuales limitan la facultad de los particulares para la celebración del contrato y la configuración de sus efectos.

Ahora bien, tal como lo señala Rodríguez (2013, p.63) en Colombia los tribunales no han dispuesto un procedimiento en concreto para acometer la labor de distinguir cuándo se está ante la presencia de una cláusula abusiva. Sin embargo, considera aquél que es pertinente tener en cuenta la doctrina de la *unconscionability*, elaborada por la jurisprudencia norteamericana, al respecto de las *abusive clauses*, que vendría a ser el equivalente del control de las cláusulas abusivas en Colombia.

Juicio de abusividad

Que las cláusulas hayan sido dispuestas solo por una parte.

Habría que determinar la forma como se incluyó la cláusula, si esta fue o no efectivamente discutida por las partes o, en otras palabras, si fue impuesta unilateralmente. Según Rodríguez (2013, pp. 63-64), se ha tomado como signo inequívoco de abusividad el hecho de que se trate de contratos de adhesión, puesto que se presume automáticamente la no negociación de la cláusula. No obstante se presentan varias discusiones sobre la pertinencia de esta limitación, la Corte Suprema de Justicia ha reconocido que las cláusulas abusivas son aplicables a todo tipo de contratos y no sólo a los conocidos como de adhesión (Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, 2 de febrero de 2001, expediente 5670).

Que se compruebe una vulneración del principio de la buena fe manifestada en un desequilibrio normativo injustificado.

El segundo paso conlleva analizar la abusividad de la cláusula examinando “su contenido mis-

mo”, es decir, en sede del quebranto de la buena fe y del desequilibrio normativo de derechos y obligaciones¹¹ (Rodríguez, 2013, p.65).

De manera que cuando se produce la inclusión de una cláusula abusiva es posible distinguir dos elementos que no se presentan de manera excluyente, que son trascendentales para valorar como abusiva una cláusula y que se encuentran relacionados de la siguiente manera: haciendo un uso abusivo del derecho se incluye una cláusula que comporta un desequilibrio normativo de derechos y obligaciones, constituyendo esto una manifiesta violación al principio de la buena fe¹². Corresponde por eso precisar elemento por elemento.

Abuso del derecho

Si bien en principio debe distinguirse entre abuso del derecho y cláusulas abusivas, por cuanto lo primero alude al ejercicio y lo segundo al contenido (Suescún, 2009, p.7), no cabe duda de que “las cláusulas abusivas son una manifestación del abuso” (Echeverri, 2011, p.127), son la concreción del abuso.

El abuso del derecho que se da en materia de cláusulas abusivas es de dos tipos. El primero se refiere al indebido uso de la autonomía privada, esta fue definida por la Corte Suprema de Justicia como “el poder de las personas reconocido por el ordenamiento positivo, para disponer con efecto vinculante de los intereses y derechos de los que son titulares y por ende crear derechos y obligaciones, siempre que respete el orden público y las buenas costumbres” (Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, 30 de agosto de 2011, expediente 11001-3103-012-1999-01957-01).

11 No es claro si ambos criterios son distintos tratándose de la inclusión de cláusulas abusivas, parece que el desequilibrio normativo que se da como consecuencia de aquellas es en todo caso una violación del principio basilar del derecho en cuestión, por eso quizás no sería incorrecto entender, como lo hace la Directiva 93/13/CEE del Consejo Europeo en su artículo 3°, que el aludido desequilibrio se produce como consecuencia del quebranto de las exigencias de la buena fe.

12 A la larga, todo abuso en materia contractual conlleva a fin de cuentas una vulneración de la buena fe, puesto que “quien abusa rompe también el principio de la buena fe” (Arango Grajales, 2016, p. 246)

Este principio, según Rodríguez (2013), contiene la denominada libertad contractual que ha sido reconocida, entre otras, en la Sentencia C-186 de 2011 de la Corte Constitucional, “las cláusulas abusivas constituyen un límite a la autonomía de la voluntad privada” (pp. 29-30), en el sentido de que la amplia libertad reconocida a los particulares en el manejo de sus intereses no admite que en nombre de dicha prerrogativa se desconozcan los derechos que el ordenamiento ha reconocido como irrestrictivos, dando lugar de paso a un desequilibrio de derechos y obligaciones.

El segundo tipo se refiere al que suele denominarse como abuso de la posición dominante, que para estos casos no se tratará de la posición dominante que se ostenta en el mercado sino la que se ostenta en el marco de la relación jurídica privada contractual. Dicha posición dominante se manifiesta en la posibilidad que tiene una de las partes, debido a su mayor poder de negociación, de elaborar las condiciones generales del contrato, sin embargo habrá un abuso de dicha posición cuando se incluyan cláusulas abusivas en un contrato (Rodríguez, 2003, p.38).

En conclusión

[...] puede afirmarse que existe abuso del derecho cuando una persona, que es titular de una prerrogativa reconocida por la ley o por un contrato, la ejerce con la finalidad de causar daño a otra, o con un objetivo diferente a la que dicha facultad tiene por esencia (p.33).

Desequilibrio normativo injustificado y vulneración de la buena fe

El aludido desequilibrio se mira en razón de los derechos y obligaciones que tienen las partes, este a su vez puede generar una afectación al equilibrio económico fundado en el principio de reciprocidad de las obligaciones. El rompimiento del equilibrio contractual conlleva un importante juicio ya que dicha inequidad

debe valorarse a la luz del contrato considerado en su totalidad, es decir, una cláusula que en principio puede ser vejatoria –que agrava la situación del adherente- (Soto, 2005) puede no serlo si de la lectura sistemática del contrato se desprende que conserva el equilibrio de las cargas (Suescún, 2009).

Además, el desequilibrio normativo debe ser injustificado, el solo desequilibrio no basta para darle el carácter de abusiva a una cláusula. Para determinar lo “injustificado” de una estipulación inequitativa el juzgador debe, a partir de un “criterio de valoración”, ponderar “las razones que juegan a favor o en contra de la imposición unilateral de la cláusula o condición en examen” (Criado-Castilla, 2015, p. 13)¹³.

Luego, dicha inequidad acarrea la vulneración o quebrantamiento del principio de la buena fe, instrumento jurídico para defender la equidad y la justicia contractual. En este caso, la buena fe tiene doble carácter: como criterio en el juicio de abusividad y como soporte normativo para la declaratoria de la nulidad.

En Colombia la buena fe goza de consagración constitucional en el artículo 83 de la Carta Política que promulga como “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”. Así mismo, el Código Civil, artículo 1603 establece que “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella”. El artículo 871 del Código de Comercio dispone que “Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo

13 Según Criado-Castilla (2015, pp. 1-32), el juicio de abusividad consiste propiamente en la determinación de que existe un desequilibrio injustificado. Dicho juicio o test comprende ciertamente dos etapas, la primera de carácter declarativo en la cual se llega a la conclusión de si existe o no un desequilibrio; y la segunda etapa, de carácter discursivo, en la cual el juez despliega una tarea interpretativa y argumentativa para señalar si dicho desequilibrio es o no injustificado, partiendo de la prohibición general de abuso.

a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”.

En términos generales la buena fe se entiende como fidelidad, conminando a las partes a actuar con lealtad y sinceridad. La buena fe activa propone una acción afirmativa, consistente en asumir con la otra parte negocial una conducta sincera, de acuerdo a los principios sociales. La buena fe pasiva, entendida como confianza, supone el derecho a esperar que la otra parte actúe con esta misma fidelidad y lealtad (Valencia & Ortiz, 1997, pp. 182-183).

Sanciones en el evento de cláusulas abusivas no reguladas expresamente

En consecuencia, a la hora de juzgar la validez de los contratos, se observa un requisito importante para comprender la razón del posible control judicial sobre las cláusulas abusivas: el contrato no debe tener un objeto ilícito, es decir, no puede contravenir las normas imperativas. Siendo así, es aquí donde se observa la ventana a través de la cual el operador jurídico puede realizar un control judicial sobre el clausulado de un contrato para evitar que este afecte intereses generales que deben ser protegidos, incluso, a costa de los intereses de los particulares.

La razón de esto es que las normas de orden público no pueden ser ignoradas por acuerdos particulares y, en consecuencia, el predisponente no puede pretender hacer valer estipulaciones que violen disposiciones de este orden. En palabras de Gual (2008), “[...] se entiende que [la disposición contractual] como acto de autonomía privada nació y existió pero carece de objeto lícito al contrariar una norma imperativa.” (p.23)¹⁴.

14 Si bien el Estatuto del Consumidor contempla como sanción a las cláusulas abusivas, en el contexto de las relaciones de consumo, su *ineficacia de pleno derecho*, es decir, su *inexistencia*, es preciso aclarar, llegados a este punto, que la doctrina especializada ha definido varios supuestos bajo los cuales un negocio jurídico no produce efectos bajo la denominación de *ineficacia* (en sentido amplio o como el género), clasificándola como *ineficacia original o estructural* cuando se incumplen

En este sentido, y en aras de proteger a la parte débil de la relación contractual, es necesario abogar por un control judicial de las cláusulas abusivas que no cuentan con regulación expresa. Las herramientas de las que dispone el operador jurídico para determinar cómo sancionar una cláusula abusiva se encuentran dispersas en la legislación civil y comercial, estando amparadas bajo las normas constitucionales consagradas en el numeral primero del artículo 95 de la Constitución Política: es deber de todo ciudadano respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; y en el artículo 83 de la misma, máxime si se hace énfasis que la inclusión de una cláusula abusiva lo que comporta a la larga es una vulneración o quebranto del principio de la buena fe.

Es así como la buena fe objetiva exige que los contratos deban ejecutarse de modo que las partes cumplan no sólo aquello a lo que expresamente se han obligado, sino también todas las cosas que emanen precisamente de la naturaleza del contrato o que por ley pertenecen a él (artículos 1603 del CC, 863 y 871 del C de Co). Esta buena fe exige de las partes que su comportamiento sea siempre encaminado a que se dé una plena efectividad de las obligaciones que cada parte se dispuso a asumir, es así como la doctrina ha considerado como abusivas las disposiciones que pretendan excluir la responsabilidad o generar un beneficio injustificado para una parte, cuando se busque incumplir una obligación esencial del contrato.

De modo que, la obligatoriedad de actuar de una manera recta y honrada tanto en la etapa precontractual como en la contractual (arts. 863

los requisitos de existencia o validez del negocio jurídico, y como *ineficacia funcional o sobrevenida* cuando se dan eventos posteriores al nacimiento del negocio jurídico que pueden impedir que produzca efectos jurídicos. Las causales de ineficacia original están dadas por la inexistencia (como ocurre, entre otros eventos, en el caso de las cláusulas abusivas reguladas en el Estatuto del Consumidor), la nulidad (relativa o absoluta) o la inoponibilidad del negocio jurídico. Las causales de ineficacia funcional se reflejarían en la resciliación, la revocación, el incumplimiento de la obligación por la pérdida del cuerpo cierto que se debe o el surgimiento de circunstancias imprevista que hacen excesivamente gravoso el cumplimiento de las prestaciones. (Cfr. Ospina Fernández, Ospina Acosta, 2005; González Gómez, 1981; Tamayo Lombana, 2008).

De modo que, en este acápite, referido a los supuestos de estipulaciones de cláusulas abusivas que no cuentan con una sanción expresa, y partiendo de la presunción legal de validez de todo acto y negocio jurídico, se propone como sanción su nulidad absoluta por objeto ilícito.

y 871 del C. de Co., respectivamente) y no de cualquier forma, pasa a ser uno de los cambios radicales que ha ido presentando la doctrina de las Altas Cortes en los últimos años, junto con la prohibición del abuso del derecho, el cual proviene de la disposición contenida en el artículo 95 de la Carta Política.

Ahora bien, la sanción adecuada para estas estipulaciones, que no cuentan con una regulación expresa, en virtud de los requisitos de validez de una obligación, es la nulidad absoluta, por contrariar normas imperativas, postura que también ha sido acogida por la doctrina (Echeverri, 2011; Laguado, 2003; Suescún, 2009). El siguiente interrogante se refiere a si tal nulidad debe recaer sobre la cláusula considerada como abusiva o sobre el contrato en su totalidad. Por virtud del principio de conservación del acto jurídico, el cual se consagra en el ordenamiento jurídico colombiano en el artículo 902 del C. de Co., sólo en los casos en los que la cláusula abusiva verse sobre aspectos tan esenciales del contrato que su remoción significaría un desequilibrio evidente, debería el juez declarar la nulidad absoluta de la totalidad del contrato. En los demás casos se preferirá la exclusión de la cláusula abusiva, por medio de la nulidad absoluta parcial del referido artículo, por contrariar las normas imperativas expresas y los principios contractuales ya referidos (Mezzasoma, 2014, p. 182)¹⁵.

Valga resaltar que igual conclusión puede arribarse en sede de la ilicitud de la causa cuando una cláusula contenga una disposición encaminada a desconocer “una obligación esencial del contrato” (Suescún, 2009, p. 10). En sede de la causa, hay quienes sostienen que es ese el elemento o fuente jurídica principal para sustentar el castigo a la inclusión de una cláusula abusiva. Esta teoría señala

15 Según lo planteado por Mezzasoma (2014), *la parcialidad del remedio* es una característica de la nulidad que sanciona las cláusulas abusivas. En tanto que, se debe optar por conservar el contrato con las cláusulas que no estén viciadas, siempre y cuando, este pueda permanecer en vigor sin las cláusulas nulas (p. 182)

que la causa en los contratos onerosos se rige por el principio de la conmutatividad de los contratos, el cual exige básicamente, que haya una correspondencia entre una prestación y su contra-prestación, de manera que cuando existe un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes contractuales, lógicamente se está frente a una ausencia de causa y en consecuencia sería susceptible de declarar la inexistencia de dicha cláusula. (Arango Grajales, 2016, p. 257)¹⁶.

Un ejemplo problemático en el cual se evidencia la importancia del control jurisdiccional de situaciones abusivas, es el actualmente derogado numeral 12 del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011, que consideraba como abusivas aquellas cláusulas que “obliguen al consumidor a acudir a la justicia arbitral”. Si bien este supuesto de hecho fue derogado de la Ley 1480, nada impide que atendiendo a los criterios contenidos en la definición legal del artículo 42 del Estatuto del Consumidor, se concluyera que, por ejemplo, una cláusula compromisoría resulte injustificadamente desequilibrada para el consumidor, en cuanto constituye un límite a su acceso a la justicia (Rodríguez, 2013, p.103).

Para Laguado (2003), en la doctrina internacional también se han reconocido otro tipo de cláusulas abusivas conocidas como *sorpresivas*, las que, además de ser desfavorables son también completamente inesperadas por parte del adherente, pues no guardan relación alguna con las condiciones generales del contrato y, según las circunstancias en las que el contrato se dio, el adherente no las pudo prever razonablemente, son tan excepcionales que sería insólito contar con su existencia¹⁷.

16 Arango Grajales, si bien desarrolla un replanteamiento de los sustentos jurídicos para sancionar las cláusulas abusivas a partir del elemento causal, es confuso al momento de determinar la sanción a la que habría lugar puesto que advierte que una cláusula abusiva al comportar un desequilibrio injustificado, adolece de causa, y que en consecuencia la sanción sería la nulidad relativa, cuando lo correcto sería afirmar que procede la inexistencia

17 Si bien Laguado (2003) propone que este tipo de cláusula sea tratada de manera análoga a las que él llama *cláusulas abusivas claras*, se considera improcedente tal conclusión, dado que éstas no presentan un objeto ilícito por violación a la buena fe o a la prohibición de abuso del derecho, sino más bien presentan una falta del consentimiento, puesto

Ahora bien, desde los vicios del consentimiento como presupuesto de nulidad de los actos y negocios jurídicos, también podría plantearse la posibilidad de solicitar la nulidad relativa de las cláusulas abusivas. De entenderse y plantearse jurisdiccionalmente estas cláusulas como una convención irregular que se convino producto del error (que recaiga sobre un motivo determinante del negocio jurídico), o incluso haciendo uso de la fuerza o el dolo, bien podría la parte afectada reclamar su amparo legal por medio de la nulidad relativa.

Asimismo, la lesión enorme es una figura que afecta la validez de los contratos y a la vez es un límite a la autonomía privada, en tanto que, permite rescindir los negocios jurídicos o reajustarlos¹⁸, incluso cuando desde la celebración del contrato hubo expresa aceptación de ambas partes, no obstante, esta figura solamente aplica en los casos taxativos dispuestos por el legislador y conforme a la desproporción por él prevista.

Sin embargo, se puede considerar que estas sanciones tradicionales resultan insuficientes para regular los clausulados abusivos que emergen hoy en día con las nuevas dinámicas del mercado. Es decir, las normas del derecho común de los contratos no son suficientes para controlar los clausulados abusivos, en tanto que, existen contratos aparentemente existentes, válidos, y eficaces, pero que incluyen cláusulas que resultan inaceptables por el desequilibrio injustificado que representan (Bernal & Villegas, 2008, p. 160).

No obstante, se reitera que la sanción que ataca el desequilibrio normativo, producto de la

que nunca hubo una manifestación expresa por parte del adherente para incluir tales disposiciones en el clausulado del contrato, las cuales no eran en forma alguna predecibles dadas las circunstancias, y por este motivo la sanción ya no debería ser la nulidad absoluta sino la inexistencia por ausencia del elemento consentimiento.

18 En la jurisprudencia chilena, concretamente en la Corte de Apelaciones de Santiago, se ha reconocido que el control judicial sobre las cláusulas abusivas no se limita a declarar ineficaz la estipulación inequitativa, sino que también puede comprender el reajuste de determinada situación injusta o desproporcionada. Dicha posibilidad se aplicó en un caso donde el valor de una matrícula universitaria era desequilibrada y no se correspondía con las pocas materias que a una estudiante le faltaban por cursar, de tal forma que cobrarle todo el semestre sería un abuso (Mombreg Uribe, 2012, p. 15).

abusividad, es la nulidad absoluta, puesto que las otras sanciones, a las que ya se aludió, se refieren a elementos relacionados con las vicisitudes en la negociación de las cláusulas y que pueden no coincidir con la abusividad propiamente dicha. Así se coincide con la posición manifestada por Muñoz (2010) quien señala que una cosa son las cláusulas “intrínsecamente inaceptables” o “con contenido material reprochable”, las cuales “resultarían ora ineficaces de pleno derecho, ora nulas, independientemente de la calificación de abusivas que subjetivamente se les pudiera enrostrar”; y otra cosa son las cláusulas cuyo contenido no es reprochado apriorísticamente por el ordenamiento pero que de un juicio aplicado se desprende su abusividad (pp. 240-241).

Consideraciones finales

El acaecimiento de una sociedad global ha traído consigo el surgimiento de poderosos actores en el mercado, quienes valiéndose de su posicionamiento en las relaciones económicas, han transformado figuras de renombrada importancia en el mundo jurídico. Instrumentos como el contrato han dejado de ser lo que eran antaño, planteándole al derecho la ineludible labor de repensar sus respuestas frente a algunos actores.

En el ordenamiento jurídico nacional se han sancionado diferentes leyes en un intento por regular, de forma especial, la imposición de cláusulas abusivas. Sin embargo, la evolución de las relaciones negociales siempre rebasará la legislación y, por tanto, se dan casos de abuso en asuntos no contemplados en dichos regímenes.

En los eventos de cláusulas abusivas que no cuenten con regulación expresa, se hace necesario establecer unas reglas ajustadas a derecho que permitan al operador jurídico determinar la presencia de éstas para fijar una sanción legal. Se propone que esto se viabilice a través de un juicio de abusividad, donde el operador determinará si la estipulación de la

cláusula se hizo a través del abuso del derecho y con ella se produce un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

El tipo de sanción jurídica más acorde para tratar el control jurisdiccional de las cláusulas abusivas es la nulidad absoluta parcial de la cláusula que se identifique como abusiva o vejatoria, por contravenir las normas imperativas constitucionales de no abusar del derecho (art. 95, Constitución Política) y de obrar con buena fe (art. 83, Constitución Política). La razón para que la ineficacia de la cláusula sea solamente parcial se infiere del principio de conservación de los negocios jurídicos.

Referencias

- Acosta, J. & Jiménez, F. (2015). Elementos de derecho europeo para la caracterización de las cláusulas abusivas en la contratación. *Dikaion*, 24 (1), pp. 12-35.
- Arango, M. (2016). La causa jurídica de las cláusulas abusivas. *Revista Estudios SocioJurídicos*, pp. 241-26.
- Bernal, M. & Villegas Carrasquilla L. (2008). Problemas de la contratación moderna y la protección al consumidor en la tecnologías de información y comunicación. *Vni-versitas*, 117, pp. 153-170.
- Criado-Castilla, J. F. (2014). *Cláusulas abusivas en los contratos de consumo (artículos 42 y 43 de la ley 1480 de 2011 o estatuto del consumidor)*. [Tesis Maestría en Derecho], Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.
- Criado-Castilla, J. F. (2015). Juicio de abusividad en los contratos de consumo. *Revista de Derecho Privado*, pp. 1-32.



- Echeverri, V. (2011). El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores. *Opinión Jurídica*, 10 (20), pp. 125-144.
- Gual, J. M. (2008). Cláusulas restrictivas de responsabilidad. Observaciones al régimen vigente y propuestas de reforma. *Revista Civilizar, Ciencias Sociales y Humanas*, 8 (15), pp. 15-34.
- Gutiérrez de Larrauri, N. (2010). La alteración fundamental del equilibrio contractual: base conceptual de la figura del hardship en los principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales. *Revista de Derecho Privado*, 44, pp. 1-40.
- Laguado, A. (2003). Condiciones generales, cláusulas abusivas y el principio de la buena fe en el contrato de seguro. *Vniversitas*, 105, pp. 231-251.
- Mezzasoma, L. (2014). Las cláusulas abusivas y la consolidación del remedio de la nulidad de protección en el ordenamiento jurídico italiano. *Vniversitas*, 128, pp. 173-198.
- Momberg, R. (2012). El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato. *Revista de Derecho (Valdivia)*, pp. 9-27.
- Moreno, M. (2014). Control de las cláusulas abusivas en el contrato de adhesión con el consumidor fiduciario. *Universitas estudiantes*, 11, pp. 331-351.
- Muñoz, S. (2010). "El principio de buena fe y su incidencia en la interpretación del contrato. Nulidad de las cláusulas abusivas en el derecho colombiano", en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas.
- Pinzón, J. (2009). Contratos de contenido pre-dispuesto: la adhesión y las condiciones generales de contratación. En Castro de Cifuentes M., *Derecho de las Obligaciones. Tomo I*. Bogotá, Temis, pp. 487-529.
- Prada, Y. (2010). "De las cláusulas abusivas", en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas.
- República de Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-909 de 2012. Magistrado Ponente: Nelson Pinilla Pinilla. Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-909-12.htm>. (junio de 2016)
- República de Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-186 de 2011. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-186-11.htm>. (junio de 2016)
- República de Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sentencia casación civil, expediente 11001-3103-012-1999-01957-01 (2011). Versión digital disponible en: <http://www.globalsaleslaw.org/content/api/cisg/urteile/2245.pdf>. (junio de 2016)
- República de Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sentencia casación civil, expediente 5670 (2001). Versión digital disponible en: <http://www.notinet.com.co/pedidos/41806.pdf>. (junio de 2016).
- Rodríguez, C. (2013). *Una aproximación a las cláusulas abusivas*. Bogotá: Legis.
- Soto, C. A. (2005). *Transformación del derecho de contratos*. Lima: Editora Jurídica Grijley.



Soto, C. A. (2009). *La contratación masiva y la crisis de la teoría clásica del contrato. El contrato en una economía de mercado*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas.

Stiglitz, R (1998). Contrato de consumo y cláusulas abusivas. *Con-texto*, 4, pp. 32-51.

Suescún, F. (2009). Control judicial de las cláusulas abusivas en Colombia: una nueva causal de nulidad. *Revista de Derecho Privado*, 41, pp. 1-17.

Valencia, A., & Ortiz A. (1997). *Derecho Civil. Parte general y personas*, Tomo I. Bogotá: Temis.

Villalba, J. C. (2011). Los contratos de consumo en el derecho colombiano y en el derecho comparado. *Revista Facultad de Ciencias Económicas: Investigación y Reflexión*, 19 (2), pp. 171-195.

Forma de citar: Zapata, J., et al. (2016). Sanciones jurídicas a la estipulación de cláusulas abusivas en los contratos por adhesión en Colombia. *Rev. CES Derecho*, 7(2), 42-54.