

El control sobre las cláusulas abusivas un régimen en evolución *

The Control of the The Exemption Clauses

Fecha de recepción: 30 de abril de 2009

Fecha de aprobación: 5 de mayo de 2009

JOSÉ MANUEL GUAL ACOSTA**

Resumen

Las cláusulas restrictivas de responsabilidad se han planteado como una de las principales problemáticas de derecho moderno de contratos. No obstante, en cuanto a su uso habitual, algunos países poseen frente a tales cláusulas un sistema fragmentario y disperso como es el caso colombiano frente a otros que, en cambio, presentan un régimen sistemático.

Frente a ellas resulta interesante observar los antecedentes de un intervencionismo de Estado, que sin poner en crisis el dogma de la autonomía de la voluntad propenda a un negocio jurídico equilibrado, desde el punto de vista de las obligaciones y deberes que surgen en el contrato para las partes. Se observa con preocupación cómo los clásicos controles sobre la formación del contrato, al día de hoy resultan insuficientes para proteger al contratante débil frente a la posibilidad que algunas cláusulas del contrato por adhesión le resulten abusivas.

De ahí la inquietud por analizar las principales problemáticas que se plantean en el derecho foráneo frente a las cláusulas abusivas para ejercer un control eficaz sobre ellas. Y como el derecho interno las afronta ante la inexistencia de un régimen específico de control sobre ellas.

Palabras clave

Cláusulas restrictivas, contratante débil, cláusulas abusivas.

** Doctor (becario) en Derecho Civil por la *Scuola superiore Sant'anna* de Pisa (Italia), con un periodo de investigación como doctorando visitante en las Universidades de París I y II. Becario de investigación del instituto de Derecho Privado de la Universidad de Génova (Italia). Abogado y especialista en derecho de los negocios Universidad Externado de Colombia. Docente de las maestrías de las Universidades Sergio Arboleda y Santo Tomás de Bogotá. Correo electrónico: josegual@yahoo.es

Abstract

The exemption clauses of liability have emerged as one of the main problems of modern law of contracts. In spite of its routine use compared with some countries have used a fragmented and dispersed system as in the Colombian case against others who have a systematic regime.

Seeks a balanced legal business from the perspective of the obligations and duties arising under the contract for the parties. We notes with concern that the classics on the formation of the contract to date are inadequate to protect the weaker contracting party against the possibility that some clauses of the contract by the membership will be unfair.

Hence the concern to analyze the main problems that arise in the foreign law against unfair terms in order to practise effective control over them. And as the law faces in the absence of a specific system of control over them.

Key words

Exemption clauses, the weaker contracting party, unfair terms.

INTRODUCCIÓN

Ante la existencia de cláusulas predispuestas en los contratos con condiciones generales predispuestas por una de las partes por medio de formularios o formatos estándar, la parte fuerte contractual –profesional de una actividad, desde el ámbito de los conocimientos sobre los productos que ofrece o suministra, o bien por la supremacía económica que tiene una parte frente a la otra– suele incluir diversas cláusulas que podrían desequilibrar el contrato.

El uso de semejantes cláusulas suele aparecer de manera preestablecida por el contratante fuerte en los contratos de adhesión a condiciones generales de manera estándar, modalidad de contratación que suele ser utilizada como una manera de contratar constante en el rápido tráfico económico, para la entrega o suministro de bienes. En estos contratos es inquietante el pacto de potenciales cláusulas abusivas que son aceptadas por el contrato débil, situación que parece ser más evidente cuando se está en presencia de una relación contractual con el consumidor, es decir, a un contrato celebrado entre un profesional de una actividad

y un consumidor o usuario; sin embargo, aunque no resulta tan obvio tampoco parecen ser ajenos a esta situación aquellos contratos celebrados entre profesionales grandes y pequeños.

ANTECEDENTES E INTERVENCIONISMO EN EL DERECHO COMPARADO

Frente a las apenas mencionadas preocupaciones, surgió una primera toma de conciencia en los Estados Unidos al punto que, desde la expedición de su código uniforme de comercio (UCC) de 1962, se le ha permitido al juez, con una constante jurisprudencia de *Common Law*, anular aquellas cláusulas que considere abusivas (Bourgeois, 2002, p. 9).

Esta idea inicial de lucha contra las cláusulas abusivas fue seguida en el sistema anglosajón por el Reino Unido desde la *Consumer Protection Act* de 1961 y posteriormente por la nueva *Consumer Protection Act* de 1971, como por la *Fair Trading Act* de 1973, hasta llegar a la *Unfair Contracts Terms Act* de 1977, que consolidó todas las normas de protección del consumidor, proceso que continuó con la *Unfair Terms in Consumer*

Contract Regulations, de 1994, que se elaboró para adoptar en el Derecho inglés las normas de la directiva CE 13/93.

Esta norma de 1994 fue remplazada por la *Unfair Terms in Consumer Contract Regulations* (1999), la cual toma la directiva CE 13/93, palabra por palabra, y consagró un control preventivo. La UCTA de 1977 establece una protección aplicable, tanto a consumidores como a profesionales (Suescún, s.f., t. II, p. 194), que se enfrentan a cláusulas limitativas de responsabilidad; en ella se consideran abusivas bajo la forma de una lista negra que no admite discusión de una serie de cláusulas que son llamadas irracionales. La *Regulations* de 1999 sólo se refiere a cláusulas abusivas en contratos no negociados entre un profesional y un consumidor, en las que serían abusivas aquellas cláusulas que determinen un desequilibrio normativo en detrimento del consumidor y contra de la buena fe, para lo cual añade una lista gris de cláusulas presuntamente abusivas.

Sin embargo, entre la UCTA de 1977 y la *Regulations* de 1999 se han presentado superposiciones, como un hecho que desde el año 2005 ha dado lugar a una idea de reforma legislativa, con la finalidad de crear una sola norma que unifique y clarifique el régimen de control sobre las cláusulas abusivas (Macdonald, 2006, p. 187; Vigneron, 2008, pp. 307 y ss.), pues la primera de las normas utiliza un estilo muy largo y descriptivo, mientras que la segunda utiliza términos extraños al Derecho inglés.

A su vez, en Europa continental los sistemas de *Civil Law* se concienciaron de los potenciales abusos contractuales que se podían cometer mediante la contratación por adhesión. Por lo cual los países pertenecientes a *Civil Law* se interesaron en establecer un régimen para las cláusulas abusivas, en el que se incluyera que se entendería por la noción de cláusula abusiva, la forma de calificarlas como tal, la forma de control y la inclusión de un mecanismo de sanción eficaz.

Así, a partir de los años setenta en el derecho europeo continental, se inició la expedición de leyes de control para las cláusulas abusivas¹, a partir de leyes proferidas en Suecia en 1971 con modificaciones en 1973, 1976 y 1977. En Dinamarca se emitió una ley en 1974.

En Alemania se profirió una ley de 1976 (AGB-Gesetz) sobre cláusulas abusivas, la cual fue reformada en 1996 para adaptarla a la Dir CE 13/93 (Leible, 1999, p. 113) y finalmente incorporada al BGB, con la reforma que modernizó el régimen de las obligaciones en 2001 y que entró en vigor en 2002 y por la cual se adaptó el BGB a las exigencias de las directivas comunitarias.

En Francia (Chavas, 2000, pp. 108 y ss.; Viney & Joudain, 2001, pp. 365 y ss.; Viney & Joudain, 2006, pp. 446 y ss.) se inició con una ley de 1972 sobre la venta a domicilio; luego aparecieron las leyes Scrivener del 10 de enero de 1978 sobre crédito al consumo y cláusulas abusivas; la ley de 1988 sobre la venta a distancia, la ley 96 de 1995² que modificó ligeramente el régimen de una de las leyes de 1978 y la reforma de 1998 que terminaron por incorporar al sistema francés la Dir. CE 13/93. También se encuentran la ley de 2005 que incorporó la Dir. CE 44/99 sobre venta con el consumidor, una ley de 2007 en tema de derecho financiero y, finalmente, una ley de 2008; no obstante, todas estas leyes hoy están dentro del código del consumo o ley 949 de 1993 que se compone de una parte legislativa y de una parte reglamentaria (Dupichot, 2007, pp. 1-3).

Posteriormente, otros países, como Luxemburgo con la ley de 1983, consagró un tipo de litigio

1 Para una aproximación general a la parte histórica ver: D. Bourgeois (2002, p. 9).

2 Una cláusula abusiva no es ilícita, pues la ley no la prohíbe, sino que es el juez quien la controla bajo una definición general y la sanciona como abusiva; en consecuencia, ella se toma como anormal y se entenderá sin efectos. Pero están por fuera del control las cláusulas sobre el objeto principal del contrato y aquellas sobre el precio (Flour, Aubert & Savaux, 2008, pp. 147 y ss.).

rápido ante un juez de cada barrio para dirimir el conflicto de las cláusulas abusivas. Por su parte, Bélgica³, en 1991, expidió cuatro leyes en tema de vivienda por edificar, crédito al consumo, productos defectuosos y protección al consumidor frente a las cláusulas abusivas. Este país posteriormente adoptó la Dir CE 13/93 con una reforma del 7 de diciembre de 1998⁴.

Por su parte Italia en el *Codice Civile* de 1942 se estableció en los artículos 1341 y 1342 un primer régimen de protección formal contra cláusulas pre-dispuestas en los contratos por adhesión; luego, con una ley de 1996, incorporó al sistema italiano la Dir. CE 13/93 al *Código Civile* de los artículos 1469 bis a 1469 *sexies* normas que en el presente se incorporaran sin mayores cambios en el *Codice del consumo* de 2005 (artículos 33 a 38), en el cual se pusieron de manera sistemática bajo un solo cuerpo normativo todas las normas de protección de los consumidores, las cuales, antes de 2005, estaban establecidas en diferentes leyes de protección al consumidor, unas dentro del *Codice Civile* y otras en leyes especiales por las que se estable-

cía cada tipo específico de protección a favor del consumidor. En ésta se controla la cláusula abusiva bajo dos criterios fundamentales: la buena fe y el desequilibrio normativo, es decir, será abusiva la cláusula que determine un desequilibrio normativo significativo que contraríe o repugne contra el principio de la buena fe objetiva⁵.

A su vez, España⁶ expidió en 1984 la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios (LGD-CU⁷) que se aplica a los consumidores en contratos de adhesión con un régimen de control contra las cláusulas abusivas, la cual se reformó en 1998 en algunos apartes con la ley sobre condiciones generales de la contratación (LCGC) para incorporar al sistema español la Dir. CE 13/93 e introducir una reforma al concepto de cláusula abusiva⁸. La ley de 1998 es aplicable a todo débil, pero no en lo referente a cláusulas abusivas, pues al ser un aspecto que se dejó en la ley de 1984 sólo se aplica a consumidores (art. 10 bis de la ley de 1984).

- 3 La mayor protección del derecho belga se ha hecho con base en la jurisprudencia y luego ésta se siguió con apoyo legislativo en temas de compraventa con el consumidor, productos defectuosos, crédito al consumo e hipotecario y en el contrato de seguros (Delforge, 1999, pp. 59-63). De igual forma, se encuentra la preocupación por una protección contra la teoría liberal de mercado, en la cual la autonomía de las partes se veía afectada sin igualdad contractual. Esto condujo a un intervencionismo a favor del consumidor en los contratos en los que éste participa. Este hecho se ha entendido como una manifestación general de evolución, mediante una aplicación del orden público de protección a favor del débil (Bourgoignie, 1991, p. 241).
- 4 La protección en Bélgica contra las cláusulas abusivas se ha hecho sólo a favor del consumidor, bajo el criterio de control que con ellas no determinen un desequilibrio normativo significativo o manifiesto. También se ha hecho bajo un régimen de listas negras en las que las cláusulas abusivas se prohíben. Pero se excluye del control a las cláusulas sobre el precio y las del objeto principal del contrato, siempre que estén redactadas de manera clara y comprensible (art 31 y ss.). No obstante, se someten al control, incluso a las cláusulas en contratos negociados o no, a diferencia de la Dir Ce 13/93 que no establece una lista negra ni las controla en contratos negociados. La sanción que se establece para las cláusulas abusivas es la nulidad. Además, en Bélgica se creó una comisión de cláusulas abusivas al estilo francés. De manera específica se han otorgado protecciones adicionales en contratos como los de crédito al consumidor y el de venta con respecto a la garantía (Biquet-Mathieu, 2007, p. 18).

- 5 La tendencia italiana es la misma que se dio en Francia, Inglaterra y Alemania, en el sentido que la buena fe objetiva actúa como criterio de control sobre las cláusulas abusivas (Roppo & Napolitano, 1994, Vol. VII, pp. 2-3). El carácter significativo del desequilibrio quedó a la prudente discrecionalidad del juez, lo cual no es fácil (Roppo, 1996, Vol. VII, pp. 4-5).
- 6 La idea de una regulación entre iguales en la formación del contrato tiene como base el código de Napoleón de 1804, el cual está inspirado en un pensamiento liberal e individualista de la economía. En la actualidad, no corresponde a una realidad que se ve bajo contratos firmados por adhesión a condiciones generales predispuestas por la parte fuerte, de ahí la necesidad de un intervencionismo estatal para reequilibrar el contrato (Lasarte, 1999, pp. 139-142).
- 7 Bajo la ley de 1984 se incluía como criterio de control la buena fe y el equilibrio bajo un régimen de listas negras al estilo alemán de 1976. Sin embargo, las intervenciones del legislador se iniciaron desde 1909, seguidas en leyes de 1954, 1965 y 1980 en tema de venta inmobiliaria y seguros; no obstante, se caracterizaba por su timidez e ineficacia, hasta que se inició un proceso más completo desde la ley 26 de 1984 para favorecer una protección para los consumidores en desarrollo del art. 58 de la Constitución de 1978 (García, 1991, p. 275).
- 8 La constitución de 1978 en su art 58 trae como mandato, la protección de consumidores y usuarios. Ese mandato se desarrolló con la LGDCU de 1984 reformada por la ley 7 de 1998 que incorpora la Dir CE 13/93 al derecho español. La proliferación de condiciones generales de contratos a causa de la contratación moderna por adhesión llevó a España a iniciar un proceso de protección contra esas condiciones generales en temas de seguros desde la década del ochenta (Tejedor, 2000, pp. 9-11; Lasarte, 1999, pp. 141-142).

En Holanda, con el código civil BW de 1992 (*Burgerlijk Wetboek*) se estableció como criterio para determinar una cláusula como abusiva, en lugar de la buena fe, el principio de la equidad⁹. En Portugal las cláusulas abusivas se reglamentaron mediante el decreto de 1998.

Más recientemente algunos países que han entrado a la Unión Europea han optado por leyes especiales, como Bulgaria, mientras que otros, como Rumania, a pesar de haber iniciado la lucha contra las cláusulas abusivas con la ley 193 de 2000, al consagrar el concepto de cláusula abusiva bajo la idea de desequilibrio significativo y una lista potencial de cláusulas que podrían ser abusivas, finalmente optó por un código del consumo (Ley 296 de 2004) en el que se insiste que un contrato por adhesión no es un contrato con el consumidor y que en los contratos de consumo se protegerá al débil contra la cláusula abusiva, en la cual por débil se entenderá al consumidor (Vasilescu, 2007, pp. 1 y 22).

En general, cada uno de los países de Europa había consagrado un régimen de protección contra las cláusulas abusivas, el cual en unos casos era bastante similar y en otros no tanto. Por ello se emitió para la comunidad la Dir CE 13/93 por la cual, de alguna manera, se pretendió armonizar el tema de protección contra las cláusulas abusivas. Sin embargo, se mantiene una variada normatividad de protección, pues cada Estado miembro adoptó y acogió los lineamientos generales de la Dir. CE 13/93¹⁰ sobre el régimen de las cláusulas abusivas en contratos con el consumidor, con una adaptación que podría darse en cada Estado miembro con una protección al menos similar o superior a ésta.

9 El BW regula el derecho civil y comercial holandés, e introduce en su texto las directivas comunitarias, dentro de las cuales la Dir CE 13/93, que se incorporó hacia 1996. El BW no menciona los contratos por adhesión, sino las condiciones generales que cuando sean abusivas serían anulables (Dankers, Hagenaars & Loos, 2007, pp. 1-2, 10-12).

10 No obstante, varios Estados de Europa ya tenían una reglamentación para las cláusulas abusivas, la Dir. CE 13/93 pretendió formar un marco común europeo de protección contra las cláusulas abusivas en contratos con los consumidores (Serra, 2002, pp. 16-17).

A estas tendencias proteccionistas del equilibrio contractual para controlar las cláusulas abusivas, tampoco ha sido ajena la realidad latinoamericana; basta mencionar el caso de países como Argentina (Mosset, 1999, pp. 21-23), con la Ley 24.240 de 1993 sobre defensa del consumidor y su decreto reglamentario 1798 de 1994. En Chile¹¹ se establecieron normas sobre justicia contractual en contratos por adhesión con la Ley 19.496 de 1997 sobre protección de los derechos de los consumidores. Perú (Osterling & Castillo, 2000, pp. 93, 102-103), con el código civil de 1984, la constitución política de 1993 y el decreto 1716 de 1991 o ley de protección al consumidor. Paraguay (Moreno, 2000, pp. 132 y 163) mediante su código civil de 1987 y la Ley 1334 de 1998 sobre defensa de consumidores y usuarios. Brasil con la Ley 8078 de 1990 o código de defensa del consumidor (CDC), con una alta influencia de los sistemas norteamericano y europeo¹². La idea de control se observa incluso en países que aún no han tenido una consagración legal específica, como el caso de Colombia y Uruguay, países donde la jurisprudencia ha utilizado varios criterios para determinar una cláusula como abusiva, al recurrir al principio de la buena fe y al concepto de orden público para controlarlas de

11 En Chile se han utilizado algunas normas del código civil y se han elaborado algunas pocas leyes para protección en tema de créditos, arrendamiento y propiedad intelectual (Schmidt, 1999, pp. 45-48).

12 En Brasil, el movimiento de defensa del consumidor inició con la constitución federal de 1988, que ordena la creación de un código de defensa del consumidor, el cual se elaboró bajo influencia de la comparación de los sistemas de Bélgica, Estados Unidos, Alemania, Italia, Francia y México, lo cual arrojó un modelo de código para América Latina. Se utilizaron como fuentes el proyecto francés de código de consumo o proyecto Calais, la ley española 26 de 1984, la ley mexicana de 1976, de Portugal la ley 19 de 1982, de Quebec la ley de 1979, la directiva 540/84 sobre ventas a distancia y de la legislación norteamericana, en especial normas como: *Federal Trade Comisión Act*, *Consumer Product Safety Act*, *Truth in Lending Act*, *Fair Credit Reporting Act* y *Fair Debt Collection Practices Act*. Pero, en cuanto al régimen de las cláusulas abusivas (arts. 29 a 54 del CDC) es indiscutible la gran influencia de la AGBG alemana de 1976 o ley sobre cláusulas abusivas y el decreto ley portugués 446/1985. El CDC brasileiro se basa en tres principios: 1. La vulnerabilidad del consumidor; 2. La buena fe objetiva, como fuente de nuevos deberes con la finalidad de evitar abusos y 3. El equilibrio contractual como un fuerte instrumento para alcanzar la justicia o equidad contractual al establecer un mínimo de equilibrio en las relaciones contractuales (Marques, 2000, pp. 40-42, 46-58).

alguna manera, con la finalidad de mantener el equilibrio de las prestaciones (Creimer & Muñoz, 1999, pp. 87-89, 97).

En Lejano Oriente es de destacar el caso del Japón, país que, aunque carece de un código del consumidor, sí tiene varias leyes especiales de protección al consumidor, con una ley de 2000, la cual introduce como sanción la nulidad de las cláusulas abusivas y el deber de información el cual, a pesar de carecer de obligatoriedad, la jurisprudencia lo ha entendido como obligatorio al otorgar responsabilidad extracontractual a quien no se proponga informar¹³.

Los sistemas de Medio Oriente o del mundo árabe tampoco han sido ajenos a la preocupación por controlar las cláusulas abusivas y se pueden encontrar dos grupos. Uno en el que se considera que en la *Sharia* (derecho de la doctrina islámica de inspiración religiosa¹⁴) no se ha tomado en cuenta la polémica sobre cláusulas abusivas, pero se permite que con base en las palabras del profeta y el consenso musulmán, se dé aplicación a soluciones mediante otros textos legislativos que no contraríen el orden público ni los principios fundamentales islámicos, como, en efecto, así se ha hecho mediante otros textos jurídicos que han seguido la tendencia de los países europeos como Francia. El otro grupo se

apega de manera tal a la *Sharia* que busca en ella la manera de encontrar alguna solución.

Se destacan los sistemas de Egipto y de Emiratos Árabes¹⁵, donde en sus códigos civiles la cláusula abusiva no se considera en sí como ilícita, sino nula, pues para que sea abusiva deberá ser contraria a la autonomía privada y a la libertad contractual, así será abusiva si resulta desequilibrada a favor de aquél que la impone a la contraparte¹⁶.

A la influencia europea tampoco escapa el Líbano, donde mediante la Ley 659 de 2005 se consagró por primera vez un régimen de protección contra la cláusula abusiva. Ese control se hace sobre los contratos con el consumidor bajo la idea de que una cláusula será abusiva si atenta contra el equilibrio normativo del contrato y, en consecuencia será posible declararla nula de manera absoluta, pero sin que ese control se aplique a contratos entre profesionales. De esta manera el criterio de control es la ruptura del equilibrio normativo entre las partes por la cláusula abusiva. Además, la ley libanesa de 2005 establece un listado no cerrado de cláusulas que podrían ser abusivas¹⁷.

13 Se remite a las memorias de las jornadas internacionales 2007 de la asociación Henri Capitant (Maeda, s.f.).

14 Por *Sharia* se entienden el derecho islámico compuesto por los principios derivados de la revelación divina que son inmutables, con leyes religiosas (y en ocasiones también civiles) que provienen del Corán (libro sagrado) y de la Sunna (tradición del profeta) como fuentes principales y originales del derecho islámico. Pero, desde el siglo XX se han admitido leyes de carácter legislativo, no obstante, las dificultades que resultan según los países más o menos ortodoxos, como son leyes de familia, sucesiones, relaciones patrimoniales. Se trata de un sistema vigente aplicable a la quinta parte de la población mundial que se rige por el derecho islámico. En cuanto al derecho privado falta una noción general de obligaciones. Sin embargo, se estudian los actos de autonomía, como los contratos especíes, ello se hace separado de la responsabilidad, mantienen una fuerte prohibición al cobro y recibo de intereses, lo que muestra dificultades en derecho bancario. Con respecto a la responsabilidad aquilina los hechos constitutivos de reato por estar así considerados en el Corán los someten al derecho penal y no al civil (Zweigert & Kötz, 1998, t. I, pp. 372-385; David, 2002, pp. 351-353; Sacco & Gambaro, 2002, pp. 482-483).

15 El código civil de Emiratos Árabes contra las cláusulas abusivas da una protección denominada *Khiar el rouia*, como un medio eficaz para que el co-contratante elimine una cláusula abusiva, sólo si hubo imposibilidad de conocer el objeto de la cláusula al momento de la conclusión del negocio. Sólo se aplica a aquellas cláusulas que pretenden privar al co-contratante del derecho de resolución unilateral del contrato. La cláusula así será sancionada con nulidad. También se reconoce el *Khiar el eib* para que se declare nula la cláusula por la cual el vendedor de una cosa pretende imponer una cláusula por la cual se exonera de su responsabilidad por vicios ocultos en caso de dolo o culpa grave (Gemei, 1991, p. 314).

16 En los textos legislativos se hace referencia a la justicia contractual y se observa la desigualdad técnica, jurídica o económica. En los códigos civiles de Egipto y Emiratos Árabes se permite al juez modificar o rechazar una cláusula por abusiva en los contratos por adhesión y acogen la interpretación contra el predisponente. Para ciertas cláusulas además exigen la redacción en caracteres grandes y en lengua árabe (Gemei, 1991, pp. 311-313).

17 Es criticable cómo se excluye del control sobre cláusulas abusivas, a los contratos celebrados entre un consumidor y la otra parte de profesionales liberales, bancos o aseguradoras. Pues parece que es en estos contratos es más necesaria una norma de control contra las cláusulas abusivas. Ello, no obstante, en la ley de 2005 se incluya una lista ejemplificativa de cláusulas que podrían llegar a ser abusivas (Nanmour, 2007, pp. 7, 9-11).

Se puede observar cómo de manera común, en todos los países anteriormente mencionados la preocupación sobre las cláusulas abusivas se ha dado a partir de la existencia de los contratos por adhesión con condiciones generales y uniformes predispuestas por una de las partes¹⁸, frente a los abusos, que mediante esta forma de contratación se pueden dar contra la parte adherente, la cual, por lo general, es una parte menos fuerte que aquella parte profesional o empresarial que preestablece o prerredacta el contenido de las cláusulas del contrato. La preocupación se da ante una realidad socio económica que afectaría la libertad contractual, al resultarle impuestas esas cláusulas al cliente cuando celebran ciertos contratos sin posibilidad de modificarlas o discutirlos¹⁹.

Bastaría pensar cómo las empresas de servicios públicos no admiten ningún tipo de modificación o no aceptación de cualquiera de las cláusulas por ellas predispuestas para prestación servicios a sus usuarios, como son los contratos de combos de telefonía e Internet ilimitado. Cláusulas o contenidos contractuales de los cuales el usuario sólo se entera al momento que el funcionario de la empresa va a instalar en la residencia del consumidor el servicio que pretende contratar, pero se entera únicamente si lee el contrato antes de firmar, sin que se le informe sobre el contenido del contrato preestablecido por la empresa prestadora del servicio; pero en caso que el usuario no acepte el contrato en su integridad al hacer alguna anotación al contrato

estándar, como que no aceptar una determinada cláusula, el servicio simplemente no le es instalado o si se le instala le es retirado de manera inmediata. Estas realidades son las que desde finales del siglo XX (Serra, 2002, p. 15) han llevado a una actualización del derecho de contratos, obligaciones y la responsabilidad.

Tampoco escapan a la preocupación de control sobre las cláusulas abusivas las más recientes tendencias del derecho moderno de contratos como son: por una parte, la más importante obra legislativa americana como lo es el nuevo UCC de los Estados Unidos incluida su reforma de 1999²⁰ que en su parágrafo § 2-302 mantiene un control judicial en derecho sobre la cláusula abusiva, para evitar resultados contractuales *unconscionable*, lo cual se ha entendido como injustos en la traducción oficial del UCC al español y por la jurisprudencia de los Estados Unidos en algunos Estados como inequitativo y en otros como inconsciente (Cárdenas, 2009, pp. 245-246). Por otra parte, el interés por establecer un régimen de control sobre las cláusulas abusivas se ha dado en los códigos tipo como una inquietud manifestada en ámbitos mundial y europeo.

Así, en el ámbito internacional se hace referencia a los Principios UNIDROIT (PCCI), en los cuales se le deja al juez la posibilidad de anular o ajustar a petición de parte una cláusula abusiva. Para su declaratoria como abusiva, la cláusula es sometida a un control basado en la buena fe, la lealtad comercial y la justicia contractual, siempre que con

18 Las condiciones generales predispuestas son normas uniformes para una generalidad indeterminada de relaciones contractuales, así todo contrato celebrado por condiciones generales predispuestas es un contrato de adhesión, pero no todo contrato de adhesión es celebrado con condiciones generales predispuestas (Serra, 2002, p. 22).

19 Las cláusulas contractuales en los contratos por adhesión son la expresión de la voluntad de una de las partes, quien en su propio interés fija el contenido de un contrato destinado a usarse con la generalidad de los clientes. De esta manera el adherente es una parte débil, que se ha privado de la fuerza contractual. De ahí la necesidad de un control sobre los contenidos de esos contratos. Así en Europa desde los años setenta se han proferido una serie de leyes para darle una protección sustancial al adherente (Bianca, 1997. fasc. IV-V, p. 752).

20 Elaborado el UCC por un grupo privado de expertos con el apoyo institucional de la ALI y NCCUSL en su texto definitivo de 1962 y sin que sea como ley federal ni de aplicación en todos los Estados Unidos como si fuera una ley uniforme. Fue adoptado en cada estado de la unión americana (salvo Louisiana), como de aplicación estatal, pero con adaptaciones en cada uno de esos estados. Así se tiene un código uniforme para cada estado basado en el UCC. No obstante, el UCC ha tenido varias reformas importantes en 1972, 1990, 1995 y 1999, a fin de adaptarlo a los constantes cambios. Se está ante uno de los códigos más influyentes en el mundo (Garrido, 2002, pp. 35-47).

ellas se otorgue a la otra parte una ventaja excesiva (arts. 7.1.6 (1), 3.10 y 1.7²¹).

En el ámbito europeo se han establecido algunas disposiciones de control. Es así como se observa en el Código Gandolfi (CEC), en el que se establece que algunas condiciones generales pueden ser abusivas y, en consecuencia, ineficaces, así se ratifiquen por escrito y hayan sido conocidas por las partes²². Por otra parte, se estableció que cuando se celebren contratos entre consumidores y profesionales, si en ese contrato existen cláusulas que no se han discutido entre las partes, y determinan un significativo desequilibrio normativo, a pesar de la buena fe del profesional, tales cláusulas serán ineficaces (artículos 30 y 33) (Vattier, de la Cuesta & Caballero, 2003, pp. 52 y 54). También los principios de derecho europeo de contratos o principios Lando (PDEC) establecen un régimen de control sobre la cláusula abusiva. Así el artículo 4.110 considera como abusiva la cláusula no negociada de manera individual que cause un perjuicio a la otra parte, y contra la buena fe cause un desequilibrio normativo entre las prestaciones de las partes. De presentarse tal situación la parte afectada podrá pedir la anulación de la cláusula²³.

21 El abuso del derecho es una clara manifestación de la mala fe contractual, como ocurriría cuando se ejercen derechos de manera desproporcionada. El criterio de la buena fe siempre incluye la lealtad negocial y se debe entender como un principio imperativo. La ventaja para anular la cláusula por desequilibrada debe ser excesiva e injustificada. Por tanto, no bastará una ventaja en el precio o en prestaciones, sino que además la ventaja debe ocasionar un desequilibrio escandaloso e irrazonable para cualquier persona, porque una parte se aprovechó de alguna situación desigual (económica, ignorancia, inexperiencia) o porque no haya situación desigual la ventaja excesiva e injustificada se deba a la finalidad y naturaleza del contrato, como serían plazos muy cortos para notificar los defectos de los bienes e, incluso, por factores éticos (UNIDROIT, 2008, pp.17-21, 110, 111, 210 y 211).

22 El art. 30 núm. 4 del CEC, hace referencia a algunas cláusulas que podrían ser abusivas a la luz de la directiva CE 13/93.

23 Los PDEC siguieron muy de cerca las disposiciones de la Dir. CE 13/93. Los PDEC en el art. 2. 104 hacen referencia a las cláusulas no negociadas, siguiendo la ley alemana de 1976. Pero, en tema de cláusulas abusivas no acogieron el sistema de listas. Según la idea de anular la cláusula abusiva, se deberá mantener en principio el contrato según la buena fe y el equilibrio contractual art. 4. 116 (Diez-Picazo, Roca & Morales, 2002, pp. 28, 44, 46, 180, 235, 236, 242 y 243; Castronovo, 2001).

Se puede observar la importancia que en los tres códigos tipo se da a la buena fe, al señalarla como un criterio de control en expansión, bajo la cual se podrían controlar las cláusulas abusivas por resultar impuestas de mala fe. Así la buena fe se muestra como el criterio común para sancionar conductas anormales y reprochables de alguna de las partes (Tallon, 1994, p. 6).

PRINCIPALES PROBLEMÁTICAS QUE SE HAN AFRONTADO

Se discuten con gran actualidad los criterios para controlar los abusos que se pueden cometer con su co-contratante, al emplear cláusulas abusivas en la contratación, a pesar de que en algunos sistemas se han hecho leyes que, en general, se refieren, o bien a un control sobre los contratos con condiciones generales predispuestas o a aquellos contratos celebrados de manera estándar o por adhesión con cláusulas predispuestas por una de las partes, para ser usados como contratos modelo con un número indeterminado de contratantes. En todo caso se trata de contratos en los que uno de los co-contratantes se adhiere a éste, sin una posibilidad real de negociación. O bien a un régimen de control sobre cláusulas abusivas en los contratos.

En esas leyes de control se busca determinar qué tipo de contratos tendrían un control sobre su contenido para determinar qué cláusulas serían abusivas. Pero, como se ha sostenido, no todos los países poseen un régimen de control expreso sobre cláusulas abusivas y algunos sólo poseen leyes especiales para ciertos tipos de contratos, pero no un régimen general aplicable a todo contrato o, en algunos casos, poseen un régimen general de control para todo contrato en que se genere una situación desequilibrante.

Por ejemplo, en Italia el *Codice Civile* de 1942 consagra un régimen de control, en el cual la eficacia de las condiciones generales predispuestas dependerá

del hecho de que el cocontratante las haya conocido o las haya debido conocer conforme a la diligencia media. Pero, algunas condiciones generales o cláusulas predispuestas aparecen enunciadas en un listado que para su validez en los contratos por adhesión las somete a una doble firma. El requisito de la doble firma para la validez de ciertas cláusulas en los contratos por adhesión, pretendió llamar la atención del contratante débil, como una obligación de información por parte del predisponente, pero en la práctica comercial ese control no dejó de ser meramente formal y por demás ineficaz, como se quiera que los profesionales exigían a su co-contratante, además de la firma, del contrato aquella que en el art. 1341 se exige para la aceptación y validez de ciertas cláusulas a cambio del servicio o bien, y en caso de negarse el adherente a firmar la aceptación de la cláusula, simplemente la parte fuerte no contrataba y ante su necesidad la parte adherente no tenía otra opción que firmar sin discutir el contenido de la cláusula predispuesta. De ahí que se diera la necesidad de buscar ejercer un control ya no formal, sino sustancial, es decir, un control sobre el contenido del contrato.

En esa búsqueda de un control sustancial se destaca el caso Alemán, en el que se planteó que el control de la cláusula se haría sobre el contenido equilibrado de ésta, para de así evitar abusos, pues éstos resultarían contrarios a la buena fe²⁴. Este paso lo da Alemania con claridad con una ley del 9 de diciembre de 1976 (§§ 8 a 11), con una importancia tal que rápidamente influenciaría a internacionalmente todo el régimen del derecho

24 Sobre las condiciones generales de contrato o condiciones estandarizadas se había venido ejerciendo un control sobre su contenido por la jurisprudencia del tribunal del imperio desde 1920, ante las situaciones de monopolio o cuasi monopolio que impusieran condiciones inequitativas o leoninas por contrariar las buenas costumbres con una superioridad económica, lo cual pareció inhumano y abusivo (§138) y además contrario al principio de la buena fe, (§242). Pero tan solo luego de la Segunda Guerra Mundial la corte federal de justicia generalizó el recurso a la buena fe, y desde una sentencia del 29 de octubre de 1962 con indiferencia de la situación de monopolio. Controles que se incluirían en la ley de 1976 y luego en la reforma de 2001 al derecho de obligaciones del BGB (Pedamon, 2004, pp. 88-89).

de los contratos con condiciones generales predispuestas que fueran abusivas.

Esa forma de control de 1976 sobre las condiciones generales predispuestas se derogó y se actualizó con la ley del 26 de noviembre de 2001, que reformó el régimen de las obligaciones del BGB, la cual entró en vigencia en 2002 y mediante su sección 2 incorporó en el cuerpo normativo del BGB (código civil alemán) la Dir. CE 13/93. Así en el nuevo § 305 del BGB se estableció que las condiciones generales harán parte del contenido del contrato siempre que la parte predisponente: haya llamado la atención de su co-contratante y se asegure de que le sea posible conocer el contenido de éstas.

El BGB, después de la reforma de 2001, como medida de protección desde el ámbito de las reglas de interpretación de los negocios, mantiene tanto la regla de la interpretación *contra profentem* en caso de ambigüedad, como la regla de la prevalencia de la cláusula negociada sobre aquella que no lo ha sido (§§ 305b y 305c). Finalmente, también mantiene como principio, la eficacia del contrato, no obstante, la ineficacia de alguna cláusula.

En el § 307 se estableció un control general sobre el contenido de la cláusula pactada por medio de condiciones generales, sancionándola con su ineficacia, cuando un pacto contra la buena fe determine una desventaja irrazonable para el adherente²⁵.

Además se consagró un doble listado de cláusulas. En primer listado de cláusulas se admitió la discrecionalidad del juez para determinar la ineficacia de éstas (§ 308), es decir, se consagró una lista

25 El control material o de contenido contra las cláusulas abusivas estándar, se aplica en las relaciones entre consumidores, profesionales, personas jurídicas o personas de Derecho Público, en las que no se distingue el tipo de relación. Simplemente, lo que importa es que contra la buena fe el desequilibrio sea importante, pues un desequilibrio menor no es sancionado. El §307 establece que en caso de duda se deberá presumir la abusividad con la finalidad de evitar desequilibrios (Pedamon, 2004, pp. 89 y 91).

gris, que admite prueba en contrario frente a la presunción de abusividad.

En cambio, para un segundo listado de cláusulas el juez deberá considerarlas ineficaces, sin que opere discrecionalidad alguna (§ 309) lo que equivale a establecer una lista negra²⁶, que no admite prueba en contrario y que, en cambio, se presumirán abusivas de derecho. Cláusulas de este tipo son por ejemplo:

- Aquéllas que exoneran de responsabilidad al predisponente por lesiones ocasionadas a la vida, cuerpo o salud del adherente a causa de su incumplimiento, o el de sus auxiliares, o el de su representante.
- Aquellos pactos que invierten la carga de la prueba en desventaja del adherente, en especial cuando le imponen probar circunstancias que entran en la esfera de control y responsabilidad del predisponente de la cláusula.

Es de anotar cómo estas disposiciones se aplican tanto a contratos entre profesionales como a contratos entre consumidores y profesionales (§ 310; Canaris, 2003, pp. 153-162). Aspecto que resulta ser muy diferente a lo que ocurre en la gran mayoría de países europeos miembros de la UE (Unión Europea), donde el régimen de control sobre las cláusulas abusivas sólo se aplicará a los contratos con el consumidor, incluyendo el sistema de listas blancas o sin presunción, grises o con presunción de hecho, y negras o con presunción de derecho.

Se trae a colación el caso alemán, sobre todo, porque a pesar de que este sistema fue el que inspiró la directiva CE 13/93 para la protección del

consumidor contra las cláusulas abusivas, se ha debatido sobre lo que se debe entender por la noción de cláusula abusiva, para llegar a sostener de manera mayoritaria, que se trata de aquellas cláusulas que a pesar de la buena fe determinan contra el co-contratante un desequilibrio normativo significativo en el contrato.

No obstante, de manera mayoritaria en las leyes que han incorporado la Dir. CE 13/93 a las legislaciones internas de cada uno de los Estados miembros de la UE, la aplicación del control sobre las cláusulas abusivas se ha limitado a controlar el clausulado que aparece en los contratos entre consumidores o usuarios y profesionales. Otro aspecto que genera debate es precisamente el de determinar si el control sobre las cláusulas abusivas sólo se debe aplicar a contratos celebrados entre un consumidor o usuario, por una parte, y un profesional, por la otra (contratos con el consumidor), o si en cambio ese control también se debe aplicar a los contratos celebrados entre profesionales, puesto que en Alemania desde la ley de 1976 (Bianca, 1997, p. 753), como una idea que se mantuvo dentro de la reforma al BGB de 2001 se aplica el régimen de control de cláusulas abusivas, incluso, a contratos celebrados entre profesionales.

La posición alemana parece acertada en el sentido que los profesionales también pueden causar desequilibrios normativos significativos en el contrato, mediante el empleo de cláusulas abusivas, como cuando uno de los dos contratantes podría ser más fuerte que el otro o tener alguna situación de debilidad frente al otro. Incluso, en algunos casos un profesional también podría ser consumidor frente a otro, como sería el caso de la realización de contratos en los cuales uno de los profesionales actúa como consumidor final. Por ejemplo, al contratarse por un profesional la compra de bienes o servicios que escapan a su actividad económica lucrativa.

²⁶ Las listas se basaron en los desarrollos de la casuística jurisprudencial alemana. Sin embargo las listas no se aplican cuando se dan condiciones generales entre empresarios o con personas jurídicas de derecho público, ni en las empresas de distribución de agua, gas o electricidad. Para los contratos con el consumidor las listas se aplican además con algunas particularidades como pensar que siempre las condiciones generales se consideran impuestas, aunque las cláusulas se incluyen para ser utilizadas por una sola vez (§310) (Pedamon, 2004, pp. 92 y 95).

De seguro parecerá bastante discutible que se les aplique a los profesionales el mismo régimen de protección que se otorga al consumidor, pero por lo menos sí es claro que el profesional más débil merece algún tipo de protección contra las cláusulas abusivas impuestas por el otro co-contratante profesional que resulta ser más fuerte. Esta tendencia empieza tomar fuerza en países como Francia, en el cual, luego de un amplio debate en el que éste se concluiría dando paso con una ley de 2008 a la idea de que en contratos de adhesión entre profesionales era posible que alguno tuviera una posición de debilidad frente al otro, quien sería el profesional fuerte y predisponente de las condiciones generales causante con alguna de esas cláusulas de un desequilibrio entre las obligaciones y deberes de las partes de tal magnitud que se pudiera catalogar alguna de las cláusulas como abusivas (Ghestin, 1998, pp. 3-14; Paisant, 1998, p. 23).

El sentido de protección de la debilidad es indiferente de las prestaciones económicas entre las partes y de la igualdad en el contrato. Pues simplemente es para mantener la justicia contractual, a fin de evitar los desequilibrios excesivos del contenido contractual, es decir, para mantener el equilibrio normativo o de los derechos y obligaciones de las partes, bajo una idea de lealtad y buena fe negocial (Maseaud, 1998, pp. 36-40). De esta manera también parecería posible proteger al profesional débil contra una cláusula abusiva del otro profesional fuerte o co-contratante que impone el contenido contractual²⁷.

27 Proteger al profesional implica discusiones y precisiones complejas sobre lo que se debe entender por profesional y la modalidad de protección contra las cláusulas abusivas, o sobre la posibilidad de corregir abusos contractuales y modificar el equilibrio contractual. Pues, para algunos el mundo industrial se mueve entre actores económicos débiles y fuertes, pero ello no siempre es así en la realidad industrial. Los desequilibrios entre profesionales son diferentes y se pueden dar no sólo por poder económico, sino también por dependencia tecnológica. Pero algunos consideran que el profesional ya está protegido de manera suficiente por el derecho de obligaciones y de la responsabilidad como por el de la competencia (Bouscharain et al., 1998, pp. 135-155).

La lucha por proteger en los contratos entre profesionales de las cláusulas abusivas muestra dificultades o más bien obstáculos como lo son:

- La idea de evitar la anulación de los contratos.
- La inoponibilidad del contenido contractual cuando ha faltado su conocimiento y aceptación.
- La interpretación del contenido contractual contra el que ha preestablecido el contrato.
- La buena fe, como criterio de orden público que atacaría las cláusulas de mala fe (Mestre, 1998, pp. 157-158).

En todo caso en tema de protección al profesional, se preguntaría: ¿a qué profesionales se deberá proteger? Todo indica que deberá ser una protección general, para todo profesional, pues lo contrario pondría al juez en la difícil situación de determinar a qué profesional proteger y a cuál no. ¿Qué cláusulas combatir? Aquéllas contrarias al derecho especial que las haya considerado inadmisibles, como serían en derechos como el de la competencia, el societario, el de seguros, construcción inmobiliaria o el laboral. Se deberían combatir en todo caso las cláusulas que elimine la coherencia del contrato, así como también las cláusulas que destruyan las libertades fundamentales. Como serían las que en materia de competencia establezcan una limitación excesiva a la libertad de trabajo y finalmente las cláusulas que tengan una naturaleza fraudulenta²⁸.

28 La corte de casación francesa ha determinado como una cláusula fraudulenta aquélla que considera que todas las estipulaciones contractuales son esenciales y sin una de ellas de debe anular todo el contrato. En efecto, una cláusula así llevaría al co-contratante a no solicitar la anulación de alguna cláusula.

Otro aspecto muy complejo y delicado es determinar si la cláusula es abusiva en un contrato entre profesionales, porque determina un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes. Esto será bastante difícil para el juez porque lo que en un principio fue equilibrado en un contrato durante el desarrollo de éste puede que no lo sea, pero son aspectos que dependerán de la economía del contrato (Mestre, 1998, pp. 160-162).

No obstante, la discusión sobre estos dos interrogantes antes planteados terminaría con la reciente ley francesa 776 de 2008²⁹ que entró en vigor el 1 de enero de 2009 que con los artículos 85 y 86 reformó algunos apartes, tanto del *code de la consommation* como del *code de commerce*, y con la cual se permite un control sobre las cláusulas abusivas, incluso, en contratos celebrados entre profesionales o industriales³⁰ se trata de una protección similar a la que se da en contratos con el consumidor (o entre profesionales con el consumidor). De hecho, esta nueva ley marca una protección al débil, reconociendo que éste no sólo sería el consumidor, sino también el profesional débil frente al profesional fuerte. Sin embargo, parece más amplia la protección que se otorgó con la Ley 776 de 2008 al profesional débil en contratos con un profesional fuerte, que aquella protección que se ha otorgado al consumidor en los contratos que éste celebra con un profesional.

La ley 776 de 2008 consagró además un listado gris de cláusulas abusivas, de esta manera admitió contra la presunción de abusividad prueba en contrario. Pero también estableció que por la gravedad del desequilibrio que algunas cláusulas causen, se podrá establecer por el gobierno un listado negro, es decir, un listado de cláusulas que

serían abusivas sin admitir prueba en contrario, ni ninguna discusión sobre su carácter de abusivo.

Con respecto a la Gran Bretaña es de anotar el proyecto de reforma inglés de la *Comisión Law* en 2005, sobre las cláusulas abusivas, pretende proteger al pequeño y mediano profesional, que está mal protegido por la UCTA de 1977 y que no se protege en la *Regulations* de 1999³¹.

En el BW holandés (art 6:233), un aspecto por resaltar es que se protege de la cláusula abusiva al consumidor, pero también al profesional pequeño, mientras que excluye de esa protección a la parte grande. La parte grande es definida como la persona jurídica que tenga más de cincuenta empleados. El control se basa en el criterio de la onerosidad anormal de la cláusula, caso en el cual se podrá pedir la anulación de ésta, además que se exige probar esa condición de anormal (Dankers-Hagenaars & Loos, 2007, pp. 11-15).

En derecho italiano sólo se protege de las cláusulas abusivas al consumidor, lo cual ha ocasionado serias censuras por la imposibilidad legal de extender esta protección al profesional débil cuando se enfrenta de manera desequilibrada a un profesional fuerte por su mayor poder económico (Busnelli, 1997, p. 259G; Iudica, 1997, p. 778).

Otra de las discusiones ha sido si el régimen de control sobre las cláusulas abusivas debe referir o no el precio, es decir, preestablecer precios muy

29 La ley francesa de 2008 se establece como una norma de orden público y mantiene la idea de desequilibrio significativo entre las prestaciones de las partes para determinar una cláusula abusiva. La novedad es que con un decreto de 2009 se establece una lista de cláusulas presuntamente abusivas, es decir, una lista gris, y otra lista que es negra o de cláusulas prohibidas por ser abusivas, el fundamento de la lista negra de cláusulas es por su capacidad de crear un desequilibrio grave.

Pero, no se aplicará el control sobre las cláusulas esenciales del contrato y ello es lógico, porque desaparecería todo el contrato. Resulta acertado en la ley de 2008 que se mantenga la idea por la cual la cláusula abusiva se tendrá por no escrita, por cuanto se mantendrá la validez del contrato en aquello que no se consideró abusivo (Chabas, 19 y 20 de febrero de 2009 [inédito]). Se trata de los primeros comentarios que se hacen sobre la ley 778 de 2008.

30 Se busca evitar ventajas injustificadas o desproporcionales entre los profesionales, o desequilibrios significativos entre las obligaciones de las partes. De esta manera se buscó proteger al mediano y pequeño empresario, industrial, artesano o campesino, contra el industrial o profesional fuerte (Chabas).

31 En el proyecto inglés de reforma se elimina la alusión al desequilibrio significativo y a la buena fe, pues no resulta acorde con el criterio de control de razonabilidad del UCTA de 1977 ni al criterio de equidad de la *Regulations* de 1999, se prefiere mantener el término equidad como el criterio de control para reemplazar el de buena fe, por cuanto resulta extraño a la realidad y tradición inglesa, e incluso se le reemplaza por los términos justo y razonable. Es de tener en cuenta que en el derecho francés tampoco se hace una referencia el criterio de la buena fe, sólo que en derecho francés según el *code de la consommation*, si se pacta una cláusula desequilibrada se presumiría la mala fe. Mientras que en el derecho inglés la buena fe se reemplaza por el término justicia (Vigñeron, 2008, pp. 307-331). Sin embargo, la buena fe no es del todo desconocida en Inglaterra y se podría acercar al término razonable (Gual, 2008a, pp. 244-258).

elevados a los productos que se ofrecen ¿hace al precio abusivo y, en consecuencia, se deberá someter al control de la cláusula abusiva?

Sobre este interrogante el debate se plantea con base en que, no obstante, la directiva CE 13/93 excluye del control a las cláusulas sobre las obligaciones esenciales, como lo sería aquella de la obligación *in natura* o la del precio por pagar. Se podrían controlar las estipulaciones sobre las obligaciones accesorias.

De esta manera, aunque se excluya de control la cláusula sobre el precio, por cuanto, según la directiva CE 13/93, los elementos esenciales y en especial el precio se suponen son discutidos por las partes en una economía de libre mercado, eso no correspondería al juez.

Parecería entonces válido poder ejercer un control sobre los precios de las obligaciones accesorias (Pedamon, 2004, pp. 89-90). Sin embargo, se discute que si la directiva es una directiva de protección mínima no se deben incorporar normas que prohíban un control de abusividad sobre las cláusulas esenciales³². No obstante, se ha discutido si se

deben controlar las cláusulas sobre el precio en contratos como el de parqueaderos, en los cuales el prestador del servicio tiende a poner precios exageradamente altos. Esta situación resulta interesante para Colombia, donde ahora los propietario de los aparcaderos imponen la tarifa por cobrar no sólo por hora, sino también por cuarto de hora o fracción y hasta por minuto, lo que lo convierte en un servicio bastante oneroso y con clausulado, en el cual los parqueaderos pretenden exonerarse de toda responsabilidad por robo de vehículos o daños a éstos, ocurridos durante el tiempo del que dure el depósito y en otros casos pretendiendo desnaturalizar el negocio por cambio de la obligación esencial, poniendo como respaldo el recibo, que se trata no de un contrato de depósito, sino de arrendamiento.

Este último pacto resulta contrario a la naturaleza del negocio atípico de parqueadero e ilegal por contrariar a la última circular única emitida por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) que es una ley, de menor jerarquía, pero que con acierto ha tipificado en beneficio del usuario, el contrato atípico de parqueadero como un contrato de depósito y, en consecuencia, sometido a su régimen.

Las tesis intervencionistas o progresistas basadas en la justicia contractual objetiva, para que los elementos esenciales del contrato y entre ellos el precio se someta al control de contenido de las cláusulas abusivas. Estas tesis tienen gran acogida en los países nórdicos. Se trata de una teoría que

32 Hay ordenamientos europeos que al incorporar la Dir CE 13/93 a su legislación interna han incluido el artículo 4.2 de la directiva, por el cual se excluye del control de abusividad sobre los elementos esenciales o del objeto del contrato y el precio. En cambio, se ejercerá el control en las cláusulas marginales que versan, por ejemplo, sobre los elementos accídentes, naturales o subsidiarios como ocurre en la República Checa, Polonia, Eslovaquia, Bélgica y Lituania e incluso con similar idea, sin embargo, la incorporación se hizo de manera un poco menos textual en Irlanda, Chipre, Reino Unido, Francia e Italia (estos dos últimos países incorporaron la norma en sus códigos del consumo).

En otros países la incorporación no fue para nada textual, como el caso de Alemania, Países Bajos, Hungría y Austria, pero se siguió la misma idea de no someter al control de contenido de abusividad, las cláusulas sobre los elementos esenciales o principales, ni aquellas sobre el precio o calidad. Bajo el argumento que se trata de un elemento económico y no jurídico de los contratos.

Mientras que en otros países no se incorporó la norma del art. 4.2 a las legislaciones internas de incorporación de la Dir. CE 13/93, así ocurrió en Grecia, España, Luxemburgo, Portugal, Eslovenia, Letonia, Malta y Suecia. Hecho que condujo a que se sometieran al control de cláusulas abusivas, todas las cláusulas, incluso, las que se refieren al objeto o a los elementos esenciales o al precio excesivo, en Eslovenia, Letonia, Malta Finlandia, Suecia y Dinamarca.

Pero se han dado casos dispares como el de Grecia donde se ha considerado que, aunque no se acogió en la legislación la idea del art. 4.2, sólo se podrán someter a control de fondo de las cláusulas abusivas los elementos accídentes de los negocios.

Mientras que en España y Portugal aún se discute con sentencias encontradas, no obstante, de manera mayoritaria, se rechaza un control sobre los elementos esenciales, frente a otras posiciones minoritarias que los someten al control de los contenidos abusivos.

Mientras los PDEC incluyen tal control en el art. 4.2. El CEC no los controla, pero mantiene un control sobre los contratos con los consumidores de carácter normativo, y uno de carácter económico para los desequilibrios prestacionales mediante la lesión y la rescisión (Cámara, 2006, pp. 16-59 y 97-178).

se fundamenta en la justicia social, como lo son las tesis de protección al consumidor como parte débil contractual, para así permitir al juez buscar un precio justo. Desde el siglo XX esta teoría propone que se hace necesaria la intervención legislativa y del juez para buscar el equilibrio contractual normativo de las prestaciones que ni el mercado ni la competencia han logrado. Pues no puede haber libertad contractual en la que es inexistente la igualdad material de las partes, ni hay un equilibrio subjetivo (en el consentimiento), como tampoco existe un equilibrio objetivo (en el contenido)³³.

Mientras que la posición contraria o liberal del contrato argumenta que al contrato no se le deben controlar al contrato sus elementos esenciales o principales y menos el precio. Pues no se podría encontrar un precio justo por parte del juez diferente al que las partes contrataron. Pues son meros aspectos económicos que escapan al juez. Puesto que para la protección del precio elevado están las normas de competencia desleal que proclaman una fijación de precio libre, salvo el caso de monopolio. De esta manera se sostiene bajo la teoría liberal del contrato que mientras el derecho se ocupa de las relaciones entre los derechos y las obligaciones de las partes, el mercado lo hace de la relación precio/calidad³⁴.

Otra de las discusiones es sobre la necesidad de mantener una o dos listas, sean estas negras, como en Alemania en el BGB, la Gran Bretaña en el ACT de 1977, en Francia desde la nueva ley 776 de 2008 de modernización de la economía que modificó en el *Code de la consommation* en la parte legislativa art. L 132-1 parágrafo 3, en el que se estableció una

presunción de derecho de abusividad para un listado anexo que aparece en el mismo código en su parte reglamentaria³⁵ como un listado de cláusulas que se reputaran abusivas de manera irrefragable en el art. R. 132 -1, con unas excepciones en el artículo R 132-2-1; grises, como en Italia en el código del consumo de 2005, en Francia desde la nueva ley de 2008 que modificó la parte legislativa del código del consumo en el art. L 132-1 parágrafo 2 en el que se estableció una presunción de hecho de abusividad para un listado de cláusulas establecido en la parte reglamentaria en el art. R 132-2 con unas excepciones en el art. 132-2-1. Colombia en la ley 142 art. 133, Gran Bretaña en el *regulations* 1999 y Alemania en el BGB; o blancas³⁶.

El tipo de lista negra, gris o blanca ha sido discutible (Hondius, 1998, p. 118) e, incluso, se ha sostenido que no debiera haber ninguna lista para controlar las cláusulas abusivas (Hondius, 1998, p. 118) o si el mantenimiento de listas puede crear un problema de seguridad jurídica por la apreciación judicial de ciertas cláusulas para considerarlas abusivas (Biquet-Mathieu, 2007, p. 18).

Sin embargo, parecería riesgoso por ser un atentado a la seguridad jurídica, eliminar la existencia de un listado, pues éste cumple una misión orientadora para el juez, a fin de evitar que ante una misma cláusula unos jueces la consideren abusiva y otros válida, no obstante, sería la corte de casación la que unificaría la jurisprudencia.

En consecuencia, para resolver ese riesgo parecería adecuado que el legislador mantenga un sistema de listas de cláusulas que podrían ser abusivas

33 Para mantener la tesis intervencionista se podría recomendar mantener un control sobre las cláusulas abusivas, incluso, en tema de precio. Fortalecer los principios del no enriquecimiento sin causa, así como el de equivalencia de las prestaciones y establecer la revisión de las prestaciones por el juez (Cámara, 2006, pp. 79-84).

34 En la tesis liberal del contrato no existe precio justo ni justicia contractual objetiva, el equilibrio es puramente subjetivo y lo determina el mercado (Cámara, 2006, p. 79).

35 En el decreto 302 del 18 de marzo de 2009 se estableció en el código del consumo el listado negro y gris de cláusulas abusivas, siguiendo de alguna manera la directriz alemana de 2001.

36 El listado blanco existió en Francia en el *Code de la consommation* hasta 2008, cuando la ley de modernización de la economía se reemplazó el listado blanco de cláusulas que podrían ser abusivas sin presunción alguna, por dos nuevos listados conforme al decreto de 2009, uno negro y uno gris el primero de cláusulas con prohibición total o presunción de derecho y el segundo con presunción de hecho de abusividad.

(Calais-Auloy, 1991, p. 121). En efecto, la idea de muchas legislaciones al establecer listas es para orientar al juez y a las partes sobre lo que quiso el legislador prohibir con el concepto general de la cláusula abusiva, lo que diferencia la cláusula gris y negra es la presunción. Algunos consideran que las listas son útiles para garantizar una protección mínima del débil.

Con respecto a la sanción que debe recaer sobre las cláusulas abusivas también se presentan algunos aspectos polémicos, pues algunos proponen que las sanciones contra las cláusulas abusivas además de civiles (la nulidad de la cláusula o que desaparezcan del contrato propuesto por el profesional), por parecer insuficientes para presionar al profesional renuente a eliminarlas de sus contratos, se debiera implantar además una sanción penal de carácter represivo. Esta posición de incrementar sanciones penales parecería peligrosa por pretender hacer entrar en el Derecho Privado figuras extrañas a él, como sería establecer una sanción penal. Sin embargo, hay quienes consideran que sería apropiado siempre que se haga bajo el procedimiento adecuado para asegurar su aplicación (Ghestin & Marchessaux, 1991, pp. 50-62).

También es preocupante determinar cuáles serían las cláusulas que se deberían considerar dentro de uno u otro listado gris o negro, por ejemplo, consagrar bajo algunos de los listados la ineficacia de una cláusula limitativa de responsabilidad en un contrato de transporte de una gran cantidad de mercancía de bajo valor, por un flete económico, no parece del todo acertado. En cambio, sí parece ser acertado considerar la ineficacia de una cláusula limitativa o exoneratoria de responsabilidad por daño a la persona en una lista.

De esta manera, mantener la validez o no de una cláusula dependerá de los valores en juego, pues cuando son meros intereses económicos, en principio, no se debería hablar de una invalidez de principio, por el contrario, deberían ser a manera de

principio válidas. Pero, hay normas especiales que las prohíben, sin que en realidad sean contrarias a la buena fe o causen un significativo desequilibrio entre las obligaciones y deberes de las partes (Chabas, 19 y 20 de febrero de 2009).

Por otra parte, se suele discutir con falta de certeza el tipo de sanción que debería recaer sobre la cláusula que se llegara a considerar abusiva³⁷. En efecto, se ha discutido si debería ser la inexistencia, la ineficacia o la invalidez (Busnelli, 1997, p. 762) (nulidad o anulabilidad) ello con la finalidad de identificar la sanción más idónea.

Además, sobre la sanción se discute el alcance de la sanción misma. Es decir, si la sanción debe ser nulidad total del contrato o parcial en el sentido que será la nulidad total de la cláusula o si se podría pensar en una nulidad parcial de ésta³⁸. En todo caso lo que se debe buscar es proteger al débil de la cláusula que ocasione un desequilibrio normativo significativo del contrato, pues de ocurrir ello la cláusula debería ser sancionada al menos con una ineficacia parcial del contrato, es decir, con la nulidad total de la cláusula para evitar que el juez cambie la común intención de las partes en el contrato. Salvo el caso en que sin la cláusula el contrato pierda su esencia, caso en el cual, en cambio, se deberá anular todo el contrato en el que la cláusula se encuentre.

Parecería acertado considerar, a manera de principio, sancionar la cláusula abusiva con su nulidad

37 En los sistemas de Egipto y Emiratos Árabes la jurisprudencia y la doctrina admiten como sanción la nulidad de la cláusula abusiva. Nulidad que la hacen extensible a todo el contrato sólo en casos excepcionales. Para buscar la nulidad se recurre a las nociones de vicios del consentimiento, buena fe y abuso del derecho, con la finalidad de restablecer el equilibrio contractual. En general, los sistemas árabes se muestran hostiles a las cláusulas abusivas y buscan medios jurídicos para luchar contra éstas. Pues la *Sharia* lucha contra los abusos y contra los monopolios, para evitar tanto el aumento excesivo de precios como el desequilibrio del contrato. Es así como se permite la resolución unilateral del contrato en caso de un desequilibrio o lesión importante (Gemei, 1991, pp. 317-320).

38 La nulidad parcial de la cláusula no parece ser la solución más apropiada, por cuanto modificaría el querer común de las partes (Gual, 1998, pp. 412-428; contra Rengifo, 2004, p. 202).

total, sin que esa nulidad afecte al resto del contrato³⁹, ya que la idea es mantener una interpretación que deje algún efecto al contrato entre las partes.

Es decir, se debe en lo posible mantener la vigencia de los contratos, así tenga cláusulas abusivas, pues si una cláusula es considerada nula, se deberá ver si el contrato podría subsistir sin esa cláusula nula. Lo equivale a sostener que si una cláusula se elimina, ese hecho no implica la desaparición del consentimiento para contratar. Lo contrario, es decir, tomar como principio anular el contrato con cláusulas abusivas, sería dejar a la parte débil que pretende la anulación de una cláusula abusiva en un contrato determinado, sin el derecho al que aspiró cuando contrató.

Optar como sanción primaria por la nulidad del entero contrato en vez que la de sola totalidad de la cláusula invitaría a la víctima de una cláusula abusiva a no solicitar la nulidad de la cláusula que parecía abusiva, porque al anularse como consecuencia de su petición el entero contrato ella quedaría sin el derecho al que aspiró con el contrato⁴⁰.

Por otra parte, se discute si la sanción sobre la cláusula abusiva se deberá iniciar de oficio o a petición de parte. Parece acertado que sea de oficio, sólo si es en beneficio del consumidor o débil, pero en cambio se anularía cuando sea a petición del consumidor.

Algunos consideran que se podría dar como sanción la nulidad de la cláusula, en cambio, otros piensan que se podría dar al juez la posibilidad que antes que anular la cláusula debería redactarla de manera que elimine lo que lo hace abusiva (Biquet-Mathieu, 2007, p. 19). Esta última posición no parece ser muy

apropiada frente a las reglas de la interpretación de los contratos, en los cuales lo que se busca es mantener la voluntad común de las partes y no que un tercero (el juez) cambie el contenido de las cláusulas del contrato; esto parecería atentar contra el principio de seguridad jurídica.

También se podría discutir si los efectos de la sanción (nulidad o ineficacia) se deben limitar sólo a las partes que participaron en el litigio; regla que se justifica para proteger a terceros. O si, en cambio, los efectos serían aplicables a todos los demás contratos que ese profesional tenga con otros co-contratantes (consumidores o profesionales), o es más, a todos los profesionales que utilicen cláusulas como la que se haya sancionado, o a los demás titulares de la acción. Se trata de posiciones que, en mayor o menor medida, podrían dar lugar a una eliminación generalizada de las cláusulas abusivas. En consecuencia, parecería más acertado dejar los efectos de las cláusulas ineficaces o sancionadas de abusivas interpartes, alargando la posición ante quienes tengan la acción contra el contratante fuerte⁴¹. Otro de los interrogantes que surgen es el de establecer cuáles deben ser las autoridades que deben controlar las cláusulas que parezcan como abusivas.

Así se pregunta si el control deberá ser judicial o administrativo mediante órganos públicos autónomos, como en Suecia (el *Consumer Ombudsman*) o en Francia el Consejo de Estado con la misión de prohibir las cláusulas abusivas, que sean así consideradas por la comisión de cláusulas abusivas⁴²; no obstante, las decisiones de la Comisión no son obligatorias, los jueces, al ejercer un control sobre las cláusulas abusivas de carácter judicial, podrán acoger o no el concepto de la Comisión. En Gran Bretaña existe un órgano administrativo de control

39 La corte de justicia de la comunidad europea en la sentencia (C.J.C.E, 27 junio de 2000, 240/98) ha preferido la sanción de la nulidad total de la cláusula, para mantener en lo posible el resto del contrato como una sanción en beneficio del consumidor (Biquet-Mathieu, 2007, p. 19).

40 Sobre la teoría para la sanción a la cláusula contraria al orden público ver Gual (2008a, pp 412-432).

41 Se podría dar la acción a contratantes, asociaciones de consumidores y organismos de poder público (Ghestin & Marchessaux, 1991, p. 67; Gual, 2008, pp. 462-475).

42 La comisión está compuesta por jueces, funcionarios expertos y representantes de diversa categoría como académicos

que es el *director general Of fair Trading Office*, así como un listado gris de determinadas cláusulas que por gravesas se presumen de hecho abusivas. La idea de un control judicial se consagró en Alemania desde la AGB- Gesetz de 1976. En Italia existe un control judicial y otro administrativo.

Pero desde 1993, con la directiva 13/93, se ha privilegiado como control al judicial, pero se dejó en esta norma como posibilidad que cada Estado estableciera otras formas de control (Calais-Auloy, 1991, pp. 116-121; Bianca, 1997, p. 753). En efecto, la gran respuesta a esta preocupación ha sido establecer un régimen de control eficaz sobre las cláusulas abusivas.

Otra problemática que inquieta es la competencia para ejercer la acción para suprimir del ordenamiento la cláusula que parece abusiva, a fin de determinar si el ejercicio de la acción sólo se debería hacer petición de la parte afectada con la cláusula, o si se podría ejercer de oficio por el juez⁴³, o si incluso, además de la víctima la podrían ejercer las asociaciones de consumidores.

Sobre el ámbito conceptual, con respecto a la protección contra las cláusulas abusivas en los contratos con el consumidor, han surgido preocupaciones en torno a lo que se debe entender por profesional y por consumidor, así como determinar qué cláusulas o contratos se deben someter al régimen de control. Se debe recordar que la ley alemana de 1976 estableció esos listados conforme a su experiencia en la jurisprudencia interna con la finalidad de orientar al juez en un mínimo de protección para el débil.

43 En el proyecto de reforma inglés del régimen de la cláusula abusiva se consagró como novedad que el juez podría iniciar de oficio el control sobre la cláusula abusiva (Vigneron, 2008, pp. 307-331).

LA SITUACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL DERECHO COLOMBIANO

En Colombia no existe en el derecho positivo un régimen general legislado aplicable a las cláusulas abusivas ni al contrato de adhesión o con condiciones generales predispuestas, a pesar de esta realidad. Tanto la jurisprudencia como la doctrina han reconocido validez al contrato por adhesión, de manera que es posible pactar cláusulas predispuestas de manera válida, como una manifestación del principio de la autonomía privada⁴⁴, con la única condición de que el contenido contractual no contraríe el orden público (Namen, 2000, pp. 171 y ss.; Gómez, 2007, pp. 77 y ss.).

La posición apenas explicada también permitirá controlar las cláusulas abusivas, pero bajo un régimen disperso, que el interprete o el juez deberán buscar e identificar, para aplicarlo a un negocio jurídico formado bajo una modalidad negociado o no⁴⁵, como un desarrollo de la teoría general del contrato, negocio o acto jurídico basada en el derecho civil, comercial, las normas especiales para cada contrato en particular sea público o privado y la constitución, como consecuencia de la ausencia de una reglamentación general que en el derecho positivo establezca un control contra las cláusulas abusivas.

De esta manera parecería apropiado que el legislador expidiera una reglamentación general frente al contrato celebrado por adhesión con condiciones

44 La autonomía privada no está aniquilada en los contratos por adhesión (Arrubla, 2007, pp. 171 y ss.).

45 Hay una propuesta de directiva del parlamento y el consejo europeo del 8 de octubre de 2008, que parece peligrosa por cuanto que la protección contra las cláusulas abusivas, parece inferior a la que se ha dado por las normas internas de algunos países de la UE, pues sólo protege de las cláusulas abusivas si éstas no han sido negociadas, es decir, si aparecen estipuladas en contratos de adhesión. El peligro radica en que algunos contratos negociados pueden tener cláusulas abusivas, como sería cuando se contrata entre un fuerte y un débil. Otra de las preocupaciones es que no se cumple con la idea de unificación que se pretende con las directivas (Chabas, 2009).

generales predisuestas y para las cláusulas abusivas, pues una toma de conciencia general de la figura en los estrados judiciales parece aún lejana sin una norma que establezca un régimen mínimo de protección para el contratante débil contra esas cláusulas cuando ellas resultan predisuestas por el contratante débil⁴⁶, pues tampoco resulta muy claro cómo controlarlas a través del principio del no abuso del derecho⁴⁷. En efecto, aunque la problemática de la cláusula abusiva se podría ubicar dentro de la teoría del no abuso del derecho en estricto sentido sus conceptos son distintos, por ello parece acertado evitar construir la figura de la cláusula abusiva como un abuso del derecho (Namen, 2000, p. 176)⁴⁸.

Esa necesidad de establecer una legislación específica destinada a luchar contra las cláusulas abusivas se ha visto con resultados positivados en varios Estados mundialmente, no sólo en los países de occidente –sean de *common law* o de *civil law*– (Ghestin & Marchessaux, 1991, p. 1), sino también en medio y extremo oriente como hasta ahora se ha demostrado.

Las razones que justificarían una intervención legislativa en desarrollo de la constitución (arts. 13, 78, 83, 95 y 333) para controlar las cláusulas abusivas, podrían ser ilustradas por un hecho real

y práctico, consistente en que los elementos de control sobre la formación del contrato no han sido suficientes para una protección eficaz contra las cláusulas abusivas que una parte fuerte puede imponer a su co-contratante, cuando preestablece el contenido contractual en un contrato por adhesión o en un contrato no negociado con condiciones generales predisuestas⁴⁹.

Otra razón que justificaría la intervención del legislador es que en la práctica entre las partes existe en la contratación por adhesión una situación de desequilibrio, que merece control, como un desarrollo de los principios del no abuso de los derechos, la equidad y la buena fe⁵⁰.

También se puede argumentar a favor de la necesidad de establecer por ley un control específico sobre las cláusulas abusivas el hecho de que en la parte del débil (consumidor-usuario) existe una potencial falta de comprensión de los contenidos contractuales que prerredacta la parte fuerte, bien por desconocimiento de los contenidos, o por falta de claridad en éstos, o porque están establecidos en lengua extranjera. De ahí que surjan ideas como la de que algunas cláusulas o contratos sean redactados de manera formal mediante un escrito y que ese escrito se redacte en la lengua del país donde se elaboran, como también la idea de establecer una obligación de información en beneficio del consumidor que le aseguren la comprensión sobre el contenido de

46 Es discutible si la inclusión de la norma de control sobre las cláusulas abusivas, tanto para empresarios como para consumidores, se debería hacer dentro del código civil o en una ley especial (Pinzón, 1995, p. 210). Figuras, como la obligación de información, cláusulas abusivas, justicia contractual, parte débil, no han sido ajenas a la casación ante las nuevas realidades sociales, como las de consumidores, empresarios y fabricantes (Munar, 11, 12 y 13 de septiembre 2008 [inédito]).

47 C. Cnal Sent. T. 375/97. Las cláusulas abusivas son un abuso en el contrato, LA. 7 abril de 2008, UT ODINCAVS INVIAS, pp.119 y ss.

48 Por algunos, se suele invocar que las cláusulas abusivas son un abuso del derecho, bajo una interpretación no muy acertada de la doctrina sobre las sentencias (CSJ. Cas. Civ, 19 de octubre de 1994 exp 3972 en GJ CCXXXI, pp. 704 y ss. y CSJ Cas. Civ, 2 de febrero de 2001 exp 5670 NP). Pues, como se ha sostenido con acierto, sólo la segunda hace referencia a la cláusula abusiva. En cambio, la primera a un problema de abuso de negociación y del derecho bajo la idea de las conductas abusivas. Sobre este particular ver J. Cárdenas (2009, p. 263); J. Gual, 2008a, pp 522 y ss.); J. Cárdenas (2000, pp.43 y ss).

49 Una reforma profunda del derecho de contratos sería aconsejable en tema de cláusulas abusivas, de condiciones generales, con especial atención a los contratos con el consumidor en cuanto al establecimiento de un deber de información basado en la buena fe. También se debiera reglamentar el contrato por adhesión, así como un control al contenido contractual (Arrubla, 2007, pp. 175 y ss.)

50 Se plantea la buena fe como un criterio de control contra las cláusulas abusivas por la Corte Constitucional. (C. Cnal Sent. T. 307/97.C. Cnal Sent. T. 533/96C. Cnal Sent. SU. 039/98). Se ha considerado la buena fe como un criterio para controlar el desequilibrio y así declarar la cláusula como abusiva (CSJ Cas. Civ, 27 de marzo 1998 Exp 4798; Ortega, 2008, p. 21). El criterio de la buena fe, como control de la cláusula abusiva parecería peligroso, puesto que se trata de un control que no tiene una forma clara, pues es un concepto diferente en cada país (Chabas, 2009).

ciertas cláusulas gravosas y del contrato en general, para así evitar que el co-contratante débil se vea afectado por cláusulas inusuales o insólitas. Además, por el hecho de presentarse en el contrato por adhesión una situación de desequilibrio económico o de conocimientos técnicos entre las partes contratantes también exigen algún tipo de control para evitar abusos por una parte sobre la otra. Las medidas de protección antes mencionadas tienen como finalidad que el consumidor o la parte débil, en general, confieran en su contrato un consentimiento libre y claro⁵¹.

En pro de un control eficaz también resultaría útil, que el Estado fortaleciera los entes de control, los ministerios y las asociaciones de consumidores. Para que estas entidades promuevan un mecanismo educativo de carácter efectivo, con la finalidad de divulgar los derechos del consumidor, así como la forma o manera de defenderlos y ante qué entidades podrá acudir el contratante débil para esa finalidad.

Un mecanismo de protección podría ser dejar en el domicilio de los ciudadanos un folleto o manual ilustrativo en el que se informe cuál es la forma de acudir a los entes de control, la manera de llenar los formularios para presentar quejas y saber cuáles serían las sanciones que tendrían las partes fuertes en caso de abuso, así como ilustrarles y explicarles sobre los contenidos de las cláusulas que generalmente se considerarían abusivas o los criterios para catalogarlas así.

Podría ser también ventajoso para el contratante débil una mayor participación de las autoridades locales, pues en Colombia esa participación ya se ha iniciado por invitación de la confederación de consumidores, pero hasta ahora la acogida aún es

tímida. Asimismo, se debería iniciar con un fuerte estudio jurídico para la formación e información de consumidores, lo cual en Colombia no se hace ni siquiera por entidades que deberían impulsar tales estudios a nivel nacional como sería Colciencias o la entidad que llegara a ser sus veces. Incluso, se podría crear un organismo que controle las condiciones generales de contratos, para lo cual sería necesario que los profesionales depositen sus modelos de contratos en dicha entidad.

Todo lo sostenido demuestra que parecería adecuado establecer un régimen de control específico sobre las cláusulas abusivas, para así recuperar el equilibrio o justicia contractual (CSJ Cas. Civ. 2 de febrero de 2001 exp 5670 NP, p. 42) en las relaciones negociales. Régimen de control en que se haría necesario, además incluir una cláusula general que permita considerar una cláusula como abusiva⁵² y, si se quiere, acompañada de una lista como protección mínima con carácter orientador para el juez, a fin de ejercer un control efectivo.

Pero un sistema de listas, en la práctica, seguramente se verá evadido por el utilizador con la nueva tecnología, los cambios socio culturales, las nuevas técnicas de distribución, cambios legislativos o por el ingenio del profesional, lo cual sólo sería controlado por la cláusula general y la interpretación del juez (Ghestin & Marchessaux, 1991, pp. 53-54).

En todo caso parecería necesario establecer con claridad los organismos judiciales ordinarios y especiales o administrativos (Cárdenas, 2000, p. 80) que conozcan de los procesos sobre cláusulas abusivas, para que éstos sean solucionados de manera rápida, simple y económica, pues un proceso

51 Recientemente se ha exigido un formalismo en los contratos que es el escrito de éstos para dar a conocer el contenido de sus estipulaciones, para así darlas a conocer al consumidor, lo cual ha mostrado cierta favorabilidad para restablecer el equilibrio contractual (Ghestin & Marchessaux, 1991, pp. 10-30).

52 Ante la ausencia de un control sobre las cláusulas abusivas, la Corte Suprema, con acierto, las controla invocando algunos regímenes de control sobre cláusulas abusivas con base en las ideas de que varias leyes latinoamericanas y de la Dir. CE 13/93, así como de algunas leyes europeas que incorporaron esa directiva en su legislación interna. Se considera que ellas pueden estar en todo tipo de contrato no negociado (CSJ Cas. Civ. 2 de febrero de 2001 exp. 5670 NP, pp. 40-44).

judicial por lo oneroso y largo sería disuasivo para activar las vías de protección que se establezcan en favor del débil (Ghestin & Marchessaux, 1991, pp. 64).

Pero, la efectividad de los procesos de control no sólo dependerá de establecer que éste sea rápido, sino también de las jurisdicciones habilitadas para llevarlos. Aunque el control se podría concentrar en un solo ente, parece que no se debería concentrar en una sola jurisdicción, por el exceso de trabajo que esa concentración podría ocasionar (Ghestin & Marchessaux, 1991, pp. 65). Existen organismos administrativos de control en Noruega y Suecia con el *Ombudsman* que trata de persuadir a los profesionales para que eliminen de sus contratos las cláusulas abusivas, pero si con su intervención no se logra persuadir al profesional, entonces se procederá a notificar al Consejo de Mercado sobre las cláusulas que el *Ombudsman* prohíba, a pesar de que ante el consejo la decisión se podrá apelar (Ghestin & Marchessaux, 1991, p. 66).

También se podría aconsejar mantener, como hasta ahora se ha hecho por la jurisprudencia desde 2001, mecanismos de control sobre las cláusulas abusivas, basados en el orden público, al recurrirse a las buenas costumbres, los principios de equidad y buena fe. Incluso, recurrir a controles de fondo sobre el contrato, como serían el objeto y la causa de éste. O mediante las técnicas de interpretación del contrato como la regla de la interpretación de la cláusula oscura contra el que la profirió o la de la interpretación estricta de la excepciones, así como aquella de la superioridad de la cláusula negociada o particular sobre la no negociada o general (Ghestin & Marchessaux, 1991, pp. 84-86).

No obstante, la conveniencia de un control que incluya los aspectos antes expuestos, la legislación nacional ha establecido algunas normas de control sobre las cláusulas abusivas como son:

- En la Ley 142 de 1994 (art. 133), aplicable a los contratos de servicios públicos domiciliarios, se estableció una presunción de hecho de abusividad (Suescún, s.f., t. II, p. 213) sobre un listado indicativo de cláusulas que así lo podrían ser, bajo la idea de un abuso de posición dominante.
- En el sector financiero se mencionarían el decreto 1084/81 (art. 7), el decreto 721/87 (art. 8) y el decreto 1730/91 (art. 2.1.2.3.9), además de un regla general por la cual se ejerce un control sobre la cláusula anormal, que afecte el equilibrio del contrato en los contratos celebrados por las entidades sometidas al control de la superintendencia bancaria (hoy Superintendencia financiera) con sus clientes, así se consagró en el decreto 663/93 (inc. 4 art. 98 modificado por la Ley 795 de 2003) y en el artículo 97 de ese mismo decreto EOSF una obligación de información clara y precisa sobre los servicios que se prestan. De manera específica el EOSF consagró para el contrato de seguro en el artículo 100 (núm. 3) la prohibición de requerir cualquier formalidad que no esté establecida en la ley para exigir el pago de las obligaciones nacidas del contrato de seguro (Cárdenas, 2009, p. 276)⁵³.
- A nivel regional la comisión de la comunidad andina, mediante la decisión 638 de 2006 (arts. 6 y 7), estableció un control sobre las cláusulas abusivas que se den en contratos de telecomunicaciones contra los usuarios⁵⁴.
- También la Ley 256 de 1996 se refiere al derecho a la competencia; de manera indirecta protege

53 No obstante, no se puede confundir la cláusula abusiva con una exorbitante o anormal (Namen, 2000, pp. 176 y 209).

54 La idea de protección del usuario frente a cláusulas abusivas se hace bajo las directrices de evitar desequilibrios injustificados y significativos, dándose orden al estado Andino de establecer lo que se debe entender por desequilibrio y las autoridades ante las cuales se acudiría para la defensa de los usuarios.

al consumidor de los abusos que los empresarios puedan cometer.

- Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia en su sala civil, desde 2001⁵⁵, al ocuparse del tema de las cláusulas abusivas, de manera precisa y acertada considera que el control sobre de contenido sobre las cláusulas abusivas se podría hacer incluso en contratos entre profesionales y consumidores o en contratos entre profesionales (Cárdenas, 2009, p. 273), lo cual significaría que nuestra corte suprema acoge la tendencia alemana de la ley de 1976, como una posición moderna seguida en el BGB con la reforma de 2001, en Holanda con el código civil de 1992 BW, y ahora también en Francia conforme a la ley de modernización de la economía de 2008, por la cual también se puede hacer el control de contenido de las cláusulas abusivas en los contratos entre profesionales, cuando en esos contratos participa un sujeto más débil que el otro.

Desde las luces dadas por la jurisprudencia de 2001 (CSJ Cas. Civ, 2 de febrero de 2001 exp. 5670 NP, p. 43) también resulta acertado como se acoge la posición según la cual en caso de desequilibrio significativo, la cláusula se considerará abusiva y, en consecuencia, se sanciona con su nulidad, lo cual muestra precisión ante el tipo de ineficacia de la cláusula (Namen, 2000, p. 192) a diferencia de lo que ocurre en varios sistemas europeos en los cuales bajo la Dir. CE 13/93 se ha criticado el hecho de mantener como sanción la ineficacia, sin determinar cuál de los tantos tipos de ineficacia (Gual, 2008a, pp. 432 y 623).

No obstante, en Colombia falta de un régimen sistemático, expreso e integral con una cláusula

general de control, aplicable a las cláusulas abusivas. Esto no significa que cuando se esté ante una cláusula, ella no se pueda analizar a la luz de los principios generales del derecho⁵⁶ para determinar si es o no abusiva. Es así como se han venido hasta ahora haciendo decisiones no sólo de la Corte Suprema de Justicia⁵⁷ o de la Corte Constitucional⁵⁸, sino que también en su mayoría ello se ha hecho en tribunales de arbitramento⁵⁹.

Así en los Laudos se ha insistido en la diferencia que existe entre una cláusula abusiva con una que sea nula⁶⁰, lo cual parece acertado al no confundir una cláusula abusiva con la sanción que sobre ésta recae. Pero la falta de normativa específica demuestra la confusión y la falta de unanimidad jurisprudencial sobre el tipo de sanción (invalidez⁶¹ o ineficacia⁶²) que se deberá dar a una cláusula que resulte abusiva. Tampoco parece muy claro que una cláusula abusiva sea

55 De conformidad con sentencia de la CSJ Cas. Civ, 2 de febrero de 2001 exp. 5670 NP. Se insiste como para que una cláusula se pueda considerar abusiva ella deberá tener tres características: 1 no hubo negociación individual, 2 son contrarias a la buena fe objetiva y 3 generarán desequilibrio (Munar, 2008; Arrubla, 2008, pp. 195 y ss.).

56 LA 4 de junio de 2002 Valores y Descuentos Limitada vs. Bellsouth Colombia S.A. (antes Celumóvil S.A.). Las cláusulas abusivas son ilícitas. LA. 8 de septiembre de 2005, Corpoaseo Total S.A. ESP vs. AMA SpA.

57 En su sala civil, la CSJ ha sostenido que está prohibido pactar cláusulas abusivas (CSJ Cas. Civ, Sentencia del 9 de agosto de 2007 exp. 2000-00254).

58 Para la Corte Constitucional la cláusula abusiva es un abuso de la libertad contractual (C. Cnal, Sentencia C-332/2001).

59 LA. 23 de febrero de 2007 Punto Celular Ltda. Vs. Comunicación Celular S.A. - Comcel S.A. En el laudo se analiza una cláusula pre-dispuesta en abuso de posición dominante y se determina como criterio para su abusividad que sea desequilibrante. LA. 4 de junio de 2002 Valores y Descuentos Ltda. Vs Bellsouth S.A. LA 16 de diciembre de 2005 Herpaty Limitada vs. Sociedad de Concesionarios S.A. "Concesa S.A".

60 LA. 4 de junio de 2002 Valores y Descuentos Ltda. Vs Bellsouth S.A. C.Const. sent C-330/2000, C.Const sent.T-544/95 y CSJ Cas. Civ, 2 de febrero de 2001.

61 Cuando una cláusula es abusiva tiene objeto ilícito y, en consecuencia, es nula de manera absoluta (LA 4 de junio de 2002 Valores y Descuentos Limitada vs. Bellsouth Colombia S.A. [antes Celumóvil S.A.]). La cláusula abusiva se sanciona con nulidad (LA 1 de septiembre de 2008, Elsamex Internacional Sucursal Colombia y Gas Kpital GR S.A. vs. Instituto Nacional de Vías - Invías).

62 El código de comercio colombiano incurre en ciertas imprecisiones al referirse a la ineficacia de pleno derecho, puesto que confunde inexistencia con invalidez. Sin embargo, parece claro que se trata de un problema de nulidad absoluta, pues si la cláusula tiene objeto ilícito por contrariar normas imperativas la sanción será la nulidad absoluta de la cláusula (Namen, 2000, pp. 232-234). Algunos laudos han sancionado la cláusula abusiva con su ineficacia (LA 18 de julio de 2005, Juan Manuel Espinosa vs Fiduestado S.A y Banco del Estado).

una consecuencia de un abuso del derecho⁶³, pues parece más acertado considerarla abusiva, porque causa un desequilibrio normativo significativo en el contrato, lo cual sería una violación a la equidad, la lealtad, la corrección y la buena fe contractual, no obstante, que el criterio del abuso del derecho podría ser útil para controlarlas ante la falta de una reglamentación sistemática y expresa de ellas⁶⁴. Incluso, se han estudiado en tema de contratos atípicos como el leasing siguiendo las directrices de la sentencia de la CSJ de 2001, aplicando como criterio de control la buena fe⁶⁵.

Sin embargo, parece útil que a la luz de la constitución política se aplique un régimen de control a las cláusulas que resultarán abusivas, con base en la teoría de la constitucionalización del privado para proteger los derechos de los débiles (consumidores o profesionales) ante el abuso de los profesionales fuertes, en especial, esto se podría hacer por medio de los artículos 13, 78, 83, 95, 333 (inc. 4) de la CP (Gómez, 2007, pp. 86 y ss.).

En efecto, en el artículo 83 de la CP la buena fe aparece como un deber de orden público de protección a la lealtad negocial y corrección, el cual se podría aplicar para controlar las cláusulas abusivas en contratos entre consumidores y profesionales o entre profesionales y profesionales⁶⁶. Pues el

artículo 83 exige comportarse de buena fe en las relaciones contractuales y todo parece indicar que un comportamiento por el cual se predisponen cláusulas abusivas para el co-contrante en un contrato de adhesión generarían un desequilibrio, que de ser excesivo sería contrario a la buena fe (Santos, 2004, pp. 113 y 115), el cual es un principio contractual (art. 1603 CC y 871C.Co) de imperativo orden público, y contrariarlo llevaría al juez a proferir una declaración de nulidad de esa cláusula, por tener objeto ilícito (art. 1741 y 1522 CC y art 899 C.Co).

Es así como conforme a cómo se haya hecho en la experiencia foránea parecería acertado, a fin de mantener un comportamiento leal y correcto en los negocios entre fuertes y débiles (sean o no profesionales) controlar las cláusulas contractuales bajo el principio de la buena fe objetiva⁶⁷ y el de no abuso de los derechos, para evitar que ellas sean abusivas⁶⁸.

protección o control contra las cláusulas abusivas, tanto a contratos de consumo como a contratos entre profesionales, sean éstos nacionales o foráneos (Acosta, 2008, p. 41; Pinzón, 1995, pp. 202-204, 206-207). Similar idea es la que se deriva del artículo 4.110 (2) de los principios Lando, no obstante, excluir de control a las cláusulas sobre elementos esenciales o sobre el precio.

63 En otros casos se considera abusiva la cláusula producto de una conducta abusiva (LA 18 de marzo de 2002, *Cellular Trading de Colombia Ltda., Cell Point, vs. Comunicación Celular S.A., Comcel*). Imponer una cláusula abusiva es un acto de abuso (LA. 13 de junio de 2001, *Aura Cristina Geithner Cuesta vs. Industria Electrosonora S.A., "Sonolux"*). Con acierto se considera como en el LA 15 de agosto de 2006, *CELCENTER LTDA vs., Comunicacion Celular S.A – COMCEL S.A*, una cláusula se considera abusiva al ser fruto de la violación del principio de la buena fe, sin desconocer que ellas se pueden presentar en contratos de consumo o en contratos entre profesionales.

64 LA. 23 de febrero de 2007 *Punto Celular Ltda. vs. Comunicación Celular S.A.- Comcel S.A*. LA, 1 de diciembre de 2006, *Concelular S.A. –en liquidación. vs Comunicación Celular S.A. Comcel S.A.*

65 LA 23 de octubre de 2003 *Clínica Vasculuar Navarra Ltda. Vs. Medical Systems Finance S.A.*

66 No se pretende con las normas sobre las cláusulas abusivas buscar una igualdad material inexistente, entre las partes, simplemente se pretende asegurar una relación justa entre el predisponente y el adherente. De esta manera serían aplicables a las normas de

67 En los contratos hay deberes secundarios incluidos en los contratos por el principio de la buena fe, ellos son el de protección, información consejo, fidelidad y el de reserva o secreto (Solarte, 2008, pp. 110-116 y 135 y ss. Cas. civ., 27 de marzo de 1958, en *G. J.*, t. LXXXVII, pp. 504 y ss.).

68 En Italia se considera que el abuso incluye el aprovechamiento de una posición dominante lo que en la práctica se verifica mediante el empleo de condiciones contractuales injustificadamente gravosas, hecho que atenta contra la buena fe. Esto sucede con las cláusulas abusivas cuando acaban con el equilibrio normativo o estructural del contrato, es decir, de los derechos de las partes, o por carecer de transparencia. Este último sería un principio subordinado a la exigencia de una correcta información, clara y comprensible impulsada por la regla de interpretación *contra proferentem* (Busnelli, 1997, pp. 759,767-769, 772-774). La protección contra las cláusulas abusivas también se podría enmarcar dentro de la teoría del no abuso del derecho o del no abuso de una posición dominante, por cuanto parecería tener un mismo fundamento jurídico (art. 830 C.Co y ley 142 de 1994 art. 133). No obstante, esta última posición no parece ser la más acertada. Por cuanto que la cláusula abusiva se refiere a un aspecto de competencia desleal o de desarrollo de la teoría de la buena fe, por cuanto que una cláusula abusiva determina en el contrato un desequilibrio excesivo, lo cual es contrario a la buena fe objetiva que se debe tener en las relaciones contractuales. Una cosa es el abuso de una posición dominante en el mercado y otra el abuso de posición dominante en una relación determinada (Pinzón, 1995, pp. 189 y 192; Cárdenas, 2009, pp. 262 y ss.).

En todo caso, en Colombia también se sigue la tendencia, por una parte, de mantener una protección contra las cláusulas abusivas, la cual obedece a la búsqueda del equilibrio entre la predisposición y la libertad contractual, o entre un acto económico más ventajoso y uno jurídico más garantista. Por otra parte, se encuentra la búsqueda de un estatuto indefectible e inderogable de protección o tutela del débil.

Pero, parecería que establecer protección contra la cláusula abusiva, basado en el criterio inconsistente del desequilibrio de posiciones jurídicas, necesitara la uniformidad de interpretación de las normas con base en el criterio armonizador e integrador de la jurisprudencia (Bocchini, 1997, fasc. IV-V, p. 785). Este aspecto no resulta fácil sin una normativa específica que establezca unos parámetros generales de control para la cláusula abusiva.

Sin embargo todo parece indicar que una protección a favor del débil como lo son indiscutiblemente, los consumidores, usuarios, ahorradores, transportados, pacientes, asegurados, y en todo caso usuarios o consumidores finales de bienes o servicios, tiende progresivamente a extenderse en las relaciones de mercado, a todo débil incluso ocasional que es víctima del poder contractual de otro (Bocchini, 1997, p. 787). Tal y como parece ocurrirá en Italia y Gran Bretaña, o como ya ocurre en Alemania desde 1976, Holanda desde 1992 y Francia desde finales de 2008.

Se discutiría si contra las cláusulas abusivas se debe proteger al consumidor o al profesional, que en todo caso serían sujetos débiles. Los fundamentos de este debate se han dado desde un ámbito subjetivo y otro objetivo.

En el primer caso, es decir, cuando se analiza el contrato desde el punto de vista subjetivo, al estar ante un contrato en el cual una de las partes no puede influir sobre el contenido de éste, como sería el caso del adherente, sería innegable que

el consumidor es un sujeto débil frente al profesional; pero cuando se pacta un contrato entre dos profesionales no parece que se observe en principio con claridad una situación de debilidad, pues ésta sólo parece darse en un ámbito de poder económico.

Sin embargo, si se considera que la protección del débil obedece a un ámbito objetivo, como lo es la modalidad en que se estipula el contrato (mediante módulos o formularios o por condiciones generales predispuestas), la protección, incluso, se podría dar para los profesionales que acceden a un bien por medio de un contrato predispuesto unilateralmente por la contraparte (Bocchini, 1997, pp. 778-781). Bastaría pensar en los contratos entre las casas matrices, con el mayorista o el distribuidor, revendedor u otro intermediario de la cadena de distribución, que podrían contener cláusulas abusivas, ante un profesional débil (Bocchini, 1997, p. 782). Desde hace tiempo este mecanismo de protección ha sido consagrado bajo el principio de la buena fe (objetiva), pues el desequilibrio de las posiciones jurídicas no es más que una aplicación de dicho principio de orden público, en el cual se deberá observar el comportamiento leal y equitativo con el co-contratante.

Así, bajo nuestro sistema normativo parecería correcto que la jurisprudencia mantuviera conforme lo sostuvo en el caso de 2001, el régimen de protección contra las cláusulas abusivas en toda relación contractual en que intervenga un sujeto débil, sea o no consumidor. Pues podría pasar que el sujeto afectado de un desequilibrio significativo a causa de la inclusión de una cláusula abusiva en un contrato por adhesión a condiciones generales predispuestas, también podría ser un profesional débil que se enfrenta a un co-contratante profesional fuerte.

Finalmente, cabe mencionar que se han presentado algunas propuestas de reforma en el congreso bien de iniciativa parlamentaria o bien gubernamental, a fin de reformar el estatuto del consumi-

dor (decreto 3466 /82), el cual resulta circunscrito básicamente al tema de garantías en la venta, sin que se cubra una real protección al consumidor, pues ni siquiera se refiere a las cláusulas abusivas. Por ello se destacan las tres últimas propuestas como los proyectos de Ley 81 de 2003 Cámara⁶⁹, que propuso un control contra la cláusula abusiva en los contratos con el consumidor acompañado de una lista negra, sancionándola con nulidad (arts. 40 a 42). El proyecto de Ley 90 de 2006 Senado⁷⁰, que pretendió reformar el código civil, agregando el art. 1604 *bis*, en el cual se establecía un régimen contra un tipo de cláusula que podría ser abusiva bajo una cláusula general aplicable a cláusulas restrictivas de responsabilidad⁷¹.

A la fecha ambos proyectos ya han sido archivados por falta de voluntad política. Finalmente, el más reciente y que aún está en curso de debates el proyecto 82 de 2008⁷², por el cual se pretende proteger sólo al consumidor de las cláusulas abusivas, lo cual no parece ser lo más conveniente –como antes se ha expuesto–, pues se desconocen las últimas tendencias foráneas modernas, así como la acertada posición de la Corte Suprema del año 2001. Sin embargo, trae una lista de cláusulas que serían ineficaces de pleno derecho y en todo caso que se entenderán no escritas; este último aspecto también parece podría ser inconveniente al establecer una nueva confusión, en cuanto a una sanción general de ineficacia, descuidando lo acertado que podría ser la de nulidad conforme a la legislación vigente en los códigos civil y de comercio.

69 Ver, Proyecto de ley 81/2003 Cámara en GC. núm. 270 del 11 de junio de 2004, pp. 1-14 Y en G. C. núm. 444 del 28 de agosto de 2003, pp. 6-18.

70 Ver, Proyecto de ley 90/2006 Senado en G. C. núm. 300 de 2006 del 22 de agosto de 2006, pp. 17 y ss.

71 Para un comentario al proyecto de ley 90 de 2006 Senado y la presunción de abusividad ver J. Gual, (2008b, pp. 21-27).

72 Ver, Proyecto de Ley 82/2008 Senado en GC núm. 502 del 5 de agosto de 2008 pp. 9 y ss. y en GC núm 602 del 5 septiembre de 2008 pp. 1 y ss.

Parecería que el proyecto 82/2008 es un poco impreciso, por sancionar las cláusulas del listado como inexistentes. Pues, en la realidad, si alguna de las cláusulas del listado aparecen estipuladas en el contrato, ellas sí existen, lo que en la práctica tocaría demandar sería su nulidad, por tanto, el abogado, el interprete y el juez se enfrentarían, más bien, a un problema de nulidad absoluta, que no admitirá discusión si las cláusulas aparecen claramente en una lista negra, que las presumiera abusivas de derecho (arts. 39 y 40).

CONCLUSIÓN

Sobre los interrogantes que se pueden presentar frente al tema de las cláusulas abusivas, se pretendió plantear algunos puntos de reflexión sobre la conveniencia o no y sobre la forma de establecer en el país un régimen preciso y claro sobre esas cláusulas, o si en cambio se debería dejar al fenómeno de la constitucionalización del derecho como hasta ahora se ha hecho (Arrubla, 2008, pp. 89-101; Cárdenas, 2007, pp. 488-489).

Lo cierto es que si se emite una normativa de protección serán varios los puntos polémicos. Como lo sería la coordinación de las normas de la constitución con la nueva normativa general de protección. Será importante determinar los sujetos protegidos, pues los únicos débiles no son los consumidores o usuarios de servicios públicos, sino los profesionales débiles y los consumidores o usuarios, en general, que se vean enfrentados en sus negocios por adhesión a un co-contratante fuerte que impone el contenido contractual ante la evidente posición de debilidad económica o de conocimientos de su adherente débil contraparte.

De optarse por una normativa general de protección contra las cláusulas abusivas en Colombia⁷³, también se debería determinar, el campo de aplica-

73 En la normativa que se cree sobre cláusulas abusivas se deberá incluir un régimen que regule sus efectos y el tratamiento que se les deberá dar (Laguado, 2003, p. 249).

ción de ese régimen de control contra la cláusula abusiva en los contratos de adhesión.

Así se deberá precisar cuáles serían los criterios para calificar una cláusula como abusiva, parecería acertado fortalecer la buena fe como un imperativo de orden público que es (Dupichot, 2007, p. 27) y el criterio del equilibrio contractual, como mecanismos de control. De esta manera se deben precisar las técnicas de control, como serían la equidad, la buena fe, el equilibrio contractual, el desequilibrio normativo significativo, la moral y, en general, especificar los criterios que harían parte del orden público de protección del débil, o los criterios de protección desde la formación del contrato, como el objeto y la causa. Estas técnicas se someterán al análisis de validez de las cláusulas que parecerían abusivas sin serlo. En el régimen que se establezca se podría incluso consagrar la posibilidad de recurrir a medios de control abstracto y normas generales en contra de abusos como serían el orden público, las buenas costumbres, la equidad, la buena fe y el abuso del derecho (Bourgoignie, 1991, pp. 252-258).

También se deberá considerar si habría lugar a presumir ciertas cláusulas como abusivas y si es así, qué tipo de presunción, así como cuáles serían los entes de control, pues éstos podrían ser judiciales o administrativos o de ambos tipos. Se deberá buscar el modo de establecer un control que resulte suficiente y efectivo para desestimular el uso de cláusulas abusivas por los profesionales de una actividad lucrativa (empresarios, industriales, productores, distribuidores, importadores).

Por otra parte, se deberán establecer los organismos o individuos competentes (víctima, consumidor, usuario, asociaciones de consumidores) para accionar en búsqueda de la aplicación de la medida y los criterios de control.

El régimen que se elabore deberá revisar las normas de interpretación de los contratos y para las

cláusulas abusivas, establecer un refuerzo a las condiciones de validez del consentimiento, con una revisión de las reglas de interpretación, como sería la búsqueda de la intención común de las partes, la regla *contra proferentem* (art. 1624 C.C Col) en las cláusulas oscuras o ambiguas, la regla de la prevalencia de la cláusula negociada sobre aquella que no lo fue en caso de incompatibilidad entre las dos. Incluso, se deberá dar relevancia a la búsqueda de las obligaciones contractuales implícitas⁷⁴, a fin de que se respete la obligación fundamental del contrato o aquellas necesarias para la realización del contrato, esto con la finalidad de mantener el equilibrio contractual.

Incluso, dentro de un régimen expreso y sistemático contra las cláusulas abusivas se podría pensar en incluir técnicas para controlar la publicidad agresiva, la cual produce la tentación en un consumidor, a causa de su ignorancia. Ello para que se introduzcan medidas que le garanticen una información que el consumidor o el débil y entiendan cómo sería la obligación por la cual los contratos deberían ser redactados en castellano y de forma clara (Dupichot, 2007, pp. 10-13).

Hay quienes consideran que el control se debería hacer por el juez con base en un estándar jurídico general. Lo cual parece daría una lucha efectiva contra la cláusula abusiva por parte del juzgador. Con respecto a un régimen de protección, cuando se haga referencia al consumidor también parecería necesario establecer con claridad esa noción. Al menos así lo hizo la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en 2005, al equiparar el consumidor al usuario, lo cual los somete a la misma

⁷⁴ La equidad intervendrá como un criterio para encontrar esas obligaciones especiales que recaen sobre el profesional más fuerte o con mejores conocimientos en un contrato de adhesión. Es así como se considera por la jurisprudencia la existencia de obligaciones de seguridad, la señalización de las condiciones de utilización de un producto, la sanción contra la mala fe consistente en una interpretación contra el que actuó de mala fe. Así se ha planteado por la jurisprudencia en países como Francia, Dinamarca, Grecia, Luxemburgo, Bélgica e Inglaterra (Ghestin & Marchessaux, 1991, pp. 91-93).

protección de manera acertada y conforme a las modernas tendencias del derecho de contratos (CSJ Cas. Civ., Sentencia del 3 de mayo de 2005 exp. 1999-04421).

Con claridad también se deben establecer las obligaciones para el profesional en contratos con débiles, como sería la obligación de establecer en el contrato cláusulas que sean claras e informadas, visibles y comprensibles para el débil.

En todo caso, con independencia que el régimen de protección contra las cláusulas abusivas se haga dentro del libro dedicado a las obligaciones en el código civil, o que se haga por una ley especial específica, o por un estatuto del consumidor. El hecho de que existiera un régimen de control podría ser catalogado de una evolución legislativa⁷⁵. Tal y como sucedió en Bulgaria (1999 y 2006) o Rumania (código del consumidor) países en donde esas leyes se profirieron ante la idea de entrar a formar parte de la comunidad económica europea, como normas de verdadera protección al débil contra las cláusulas abusivas. Esta inclusión de normas de protección ha sido considerada una evolución en esos países, pues ha generado una mayor protección para el débil al menos para el consumidor (Shopov, 2007, pp. 1-2).

No parece muy sano mantener al país sólo bajo un fenómeno de constitucionalización del derecho, sobre todo, ante la claridad y unificación de criterios que daría una ley especial contra las cláusulas abusivas predispuestas por un profesional contra el débil. En efecto, ello otorgaría claridad al sistema jurídico interno mediante la consagración de unas reglas para todos los débiles sean profesionales, consumidores o usuarios, inspiradas en la constitución.

⁷⁵ Son muchos los medios de control sobre las cláusulas, pero parecía lo más acertado consagrar una combinación de métodos para garantizar así su eficacia. Esa combinación de métodos deberá ser acorde con la estructura de un país, al desarrollo económico de éste y a sus estructuras administrativa y política (Ghestin & Marchessaux, 1991, p. 100).

Como se observa aún falta mucho por hacer, no obstante, los intentos fallidos del legislador y la doctrina que datan desde la década del ochenta, como el proyecto de código de derecho privado de Valencia Zea.

REFERENCIAS

Acosta, J. (2008). El nuevo orden contractual colombiano. *Cuadernillos Avances*, 19.

Arrubla, J. (2008). La constitucionalización del derecho privado de los contratos. En AA.VV. *Neo contitucionalismo y derecho privado, el debate septiembre 13, 14 y 15 de 2006* (pp. 63 yss.). Bogotá: Dike.

Arrubla, J. (2007). Abuso de la posición dominante contractual. En AA.VV. *Regulación financiera y bursátil y derechos del consumidor* (pp. 159 y ss.). Medellín: Dike.

Biquet-Mathieu, CH. (2007). *Les contrats du consommateur* –Rapport de droit belge. Recuperado de: <http://www.henricapitant.org/spip.php?article74>.

Bocchini, F. (1997). *Tutela del consumatre e mercato*, en *Nuove leg. civ. comm.*

Bourgoignie, T. (1991). Le controle des conditions générales et des clauses abusives en droit belge. En J. Ghestin (dir.). *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe, actes du table ronde du 12 décembre 1990* (pp. 240y ss.). París: LGDJ.

Bouscharain, J. et al. (1998). Faut –il protéger les professionnels contre les clauses abusive? (table ronde presidée par m. P. Bézard, President de la chambre commerciele de la cour de cassation). En C. Jamin & D. Mazeaud (dir.). *Les clauses abusives entre professionnels* (pp. 135 y ss.). París: Economica.

- Busnell, F.D. (1997). *Una posible traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, en *Nuove leg. civ. comm.*
- C. Cnal Sent. SU. 039/98.
- C. Cnal Sent. T. 307/97.
- C. Cnal Sent. T. 533/96
- C. Cnal Sent. T. 375/97.
- C. Cnal Sent. T. 544/95
- C. Cnal, Sentencia C-332/2001.
- C. Cnal. Sent C-330/2000.
- Calais-Auloy, J. Les clauses abusives en Droit Français. En J. Ghestin. *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe, actes du table ronde du 12 décembre 1990* (pp. 111 y ss.). París: LGDJ.
- Cámara, S. (2006). *El control de las cláusulas "abusivas" sobre elementos esenciales del contrato*. Navarra: Arazandi.
- Cárdenas, J. *Cláusulas exoneratorias o restrictivas de responsabilidad*. En AA.VV. *Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI*. Bogotá: Dike, 2009.
- Cárdenas, J. (2000). La protección del contratante y la evolución del derecho contemporáneo. En *RCE*, 41 y ss.
- Cárdenas, J. (2007). Los derechos fundamentales y el derecho privado contractual la situación en el derecho colombiano. En AA.VV. *Constitucionalización del derecho privado, actas del tercer congreso internacional de la asociación Andres Bello des juristes franco-latino-americanos* (pp. 479 y ss.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cárdenas, J. (2009). Cláusulas exoneratorias o restrictivas de responsabilidad. En AA.VV. *Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI*. Bogotá: Dike.
- Castronovo. C. (2001). *Principi di diritto europeo dei contratti, Parte I y II*. Milano: Giuffrè.
- Chabas, F. (2000). El régimen de las cláusulas abusivas en derecho francés. *RDC, Cláusulas abusivas II*, 107 y ss.
- Chabas, F. (2009, febrero). Cláusulas abusivas en el derecho francés. En *Memoria de la conferencia dada dentro de la maestría en contratación pública y privada*. Universidad Santo Tomás (inédito).
- Creimer, I & Muñoz, G. (1999). Cláusulas abusivas (informe del derecho uruguayo). *RDC, Cláusulas abusivas I*, 87 y ss.
- Criscuoli, V. (1995). *Le clausole di esonero da responsabilità in diritto inglese*. Palermo: Antiterra.
- CSJ Cas. Civ, 27 de marzo 1998, Exp 4798.
- CSJ Cas. Civ, Sentencia del 9 de agosto de 2007 exp. 2000-00254.
- CSJ Cas. Civ, 2 de febrero de 2001 exp 5670 NP.
- CSJ Cas. civ., 27 de marzo de 1958, en *G J.*, t. LXXX-VII, pp. 504 y ss.
- CSJ Cas. Civ., Sentencia del 3 de mayo de 2005 exp. 1999-04421.
- CSJ. Cas. Civ, 19 de octubre de 1994 exp. 3972 en *GJ CCXXXI*, pp. 704 y ss.
- Dankers-Hagenaars, D. & Loos, M. (2007). *Les contrats du consommateur - Rapport Néerlandais*, pp. 1 y ss. Recuperado de: <http://www.henricapitant.org/spip.php?article74>.
- David, R. (2002). *Les grands systèmes de droit contemporains*. Paris, 2002.
- Delforge, C. (1999). El control de las cláusulas abusivas en el derecho belga. *RDC, Cláusulas abusivas I*, 1999, pp. 59 y ss.

- Díez-Picazo, L.; Roca, E. & Morales, A. (2002). *Los principios del derecho europeo de contratos*. Madrid: Civitas.
- Dupichot, P. (2007). *Les contrats de consommateur rapport français*, pp 1 y ss. Recuperado de: <http://www.henricapitant.org/spip.php?article74>.
- Flour, J. & Aubert, J. & Savaux, E. (2008). *Les obligations*. París: Dalloz.
- García, G. (1991). Les clauses abusives en Droit espagnol. en J. Ghestin (dir.). *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe, actes du table ronde du 12 décembre 1990* (pp. 271 y ss.). París: LGDJ.
- Garrido, J. (2002). *Estudio preliminar en Código Uniforme de comercio de los Estados Unidos*. Madrid-Barcelona : Marcial Pons.
- Gemei, H. (1991). Les clauses abusives dans les Droits des pays arabes. En J. Ghestin (dir.). *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe, actes du table ronde du 12 décembre 1990* (pp. 309 y ss.). París: LGDJ.
- Ghestin, J. & Marchessaux, I. (1991). Les techniques d'`élimination des clauses abusives en Europe. en J. Ghestin. *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe, actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990*(pp. 1 y ss.). París.
- Ghestin, J. *Rapport introductif*. En C. Jamin & D. Mazeaud. *Les clauses abusives entre professionnels* (pp. 3 y ss.). París: Economica.
- Gual, J. (2008a). *Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil*. Bogotá: Ibañez.
- Gual, J. (2008b). Cláusulas restrictivas de responsabilidad., Observaciones al régimen vigente y propuestas de reforma. *Revista Civilzar*, 15 y ss.
- Hondius, E. (1998). Regard sur le droit comparé. En C. Jamin & D. Mazeaud. *Les clauses abusives entre professionnels* (pp. 100 y ss.). París: Economica.
- Iudica, G. (1997). Clausole abusive e razionalità del mercato. En *Nuove leg. civ. comm.*, fasc. IV-V, pp. 777 y ss.
- LA 15 de agosto de 2006, CELCENTER LTDA vs., Comunicacion Celular S.A – Comcel S.A.
- LA 1 de septiembre de 2008, Elsamex Internacional Sucursal Colombia y Gas Kpital GR S.A. vs. Instituto Nacional de Vías – Invias.
- LA 16 diciembre de 2005 Herpaty Limitada vs. Sociedad de Concesionarios S.A. “Concesa S.A”.
- LA 18 de julio de 2005, Juan Manuel Espinosa vs. Fiduestado S.A y Banco del Estado.
- LA 18 de marzo de 2002, Cellular Trading de Colombia Ltda., Cell Point, vs. Comunicación Celular S.A., Comcel.
- LA 4 de junio de 2002 Valores y Descuentos Limitada vs. Bellsouth Colombia S.A. (antes Celumóvil S.A.).
- LA. 23 de febrero de 2007 Punto Celular Ltda. Vs.Comunicación Celular S.A. – Comcel S.A.
- LA. 7 de abril de 2008, UT ODINCA vs. INVIAS.
- LA. 8 de septiembre de 2005, Corposeo Total S.A. ESP vs. AMA SpA.
- LA.13 de junio de 2001, Aura Cristina Geithner Cuesta vs. Industria Electrosonora S.A., “Sonolux”.
- Laguado, C. (2003). Condiciones generales, cláusulas abusivas y principio de buena fe en el contrato de seguro. *Universitas*, pp. 231 y ss.
- Lasarte, C. (1999). Cláusulas abusivas y nulidad parcial del contrato en el ordenamiento jurídico

español contemporáneo. *RDC, Cláusulas abusivas I*, 139 y ss.

Leible, S. (1999). Cláusulas abusivas en el ejemplo de las cláusulas penales contractuales en las condiciones generales de contratación, (informe del derecho alemán). En *RDC, Cláusulas abusivas I*, pp. 101 y ss.

Maeda, M. *Les contrats du consommateur en droit japonais*, p. 1. Recuperado de: <http://www.henricapitant.org/spip.php?article74>.

Marques, C. (2000). Combate ás cláusulas abusivas no código brasileiro de defesa do consumidor: entre a tradicional permeabilidade da orden jurídica e o futuro pós-moderno do direito comparado. *RDC, Cláusulas abusivas II*, 39 y ss.

Mazeaud, D. (1998). La protection par le droit commun. En C. Jamin & D. Mazeaud (dir.). *Les clauses abusives entre professionnels* (pp. 33 y ss.). París: Economica.

Mestre, J. (1998). Rapport de synthèse. C. Jamin & D. Mazeaud. *Les clauses abusives entre professionnels* (pp. 157 y ss.). París: Economica.

Moreno, J. (2000). Cláusulas contractuales abusivas en el derecho paraguayo. *RDC, Cláusulas abusivas II*, 131 y ss.

Mosset, J. (1999). Las cláusulas abusivas en la contratación (informe argentino). *RDC, Cláusulas abusivas I*, 19 y ss.

Munar, P. (2008, septiembre). Visión de la responsabilidad civil en la jurisprudencia de la Corte Suprema. En *Memorias del Primer Congreso Internacional de Derecho Privado "Dogmática contemporánea del derecho de contratos y la responsabilidad"*. Universidad Santo Tomás, Bogotá, 11, 12 y 13 de septiembre 2008 (inédito).

Namen, W. (2000). *Las cláusulas abusivas*. En *RDC, Cláusulas abusivas II*, 171 ss.

Nanmour, F. (2007). *Les contrats du consommateur rapport libanais*, pp 1 y ss. Recuperado de: <http://www.henricapitant.org/spip.php?article74>.

Ortega, M. (2008). Mecanismos de defensa frente a las cláusulas abusivas en los contratos internacionales. En AA.VV. *Globalización y derecho mercantil* (pp. 13 y ss.). Medellín: Dike.

Osterling, F. & Castillo, M. (2000). Cláusulas abusivas en el ordenamiento civil peruano. *RDC, Cláusulas abusivas II*, 91 y ss.

Paisant, G. (1998). La protection par le droit de la consommation. En C. Jamin & D. Mazeaud. *Les clauses abusives entre professionnels* (pp. 17 y ss.). París: Economica.

Pedamon, M. (2004). *Le contrat en Droit Allemand*. París: LGDJ.

Pinzón, J. (1995). Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas en el derecho privado colombiano. *Vniversitas*, 171 y ss.

Proyecto de ley 81/2003 Cámara en G. C. núm. 270 del 11 de junio de 2004, pp. 1 a 14.

Proyecto de ley 81/2003 Cámara en G. C. núm. 444 del 28 de agosto de 2003, pp. 6-18.

Proyecto de Ley 82/2008 Senado en GC núm. 502 del 5 de agosto de 2008 pp. 9 y ss.

Proyecto de Ley 82/2008 Senado en GC núm. 602 del 5 septiembre de 2008 pp. 1 y ss.

Proyecto de ley 90/2006 Senado en G. C. núm. 300 de 2006 del 22 de agosto de 2006, pp. 17 y ss.

Rengifo, E. (2004). *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Roppo, E. (1996). Clausole vessatorie (nuova normativa). En *Enc. Jur. Treccanni* (Vol. VII, pp. 1 y ss.). Roma.
- Roppo, V. & Napolitano, G. Clausole abusive. En *Enc. Jur. Treccanni* (Vol. VII, pp. 1 y ss.). Roma.
- Sacco, R. & Gambaro, A. (2002). *Sistemi giuridici comparati*. Torino.
- Santos, J. (2004). *Instituciones de responsabilidad civil* (II). Bogotá.
- Schmidt, C. (1999). *Cláusulas abusivas* (informe chileno). *RDC, Cláusulas abusivas I*, 43 y ss.
- Serra, A. (2002). *Cláusulas abusivas en la contratación, en especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*. Navarra: Arazandi.
- Shopov, A. (2007). *Contrats du consommateur en Bulgarie*. Recuperado de: <http://www.henricapitant.org/spip.php?article74>.
- Suescun, J. (Sin fecha). *Derecho privado* (t. II, p. 191 y ss.). Bogotá: Legis.
- Tallon, D. (1994). *Le concept de bonne foi en droit français du contrat, en saggj conferenze e seminari*. Roma, núm. 15, pp. 1 y ss. Recuperado de: <http://w3.uniroma1.it/idc/centro/publications/15tallon.pdf>
- Tejedor, L. (2000). Incorporación contractual de de las condiciones generales (ley española de 7/1998 de 13 de abril, sobre condiciones generales de contratación). *RDC, Cláusulas abusivas II*, 7 ss.
- Treitel, G.H. (2004). *An Outline of the Law of Contract*. London: Oxford.
- Unidroit. (2004). *Principios Unidroit, sobre los contratos comerciales internacionales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Vasilescu, P. (2007). *Les contrats du consommateur rapport roumain*, p. 1. Recuperado de: <http://www.henricapitant.org/spip.php?article74>.
- Vattier, J.; De la Cuesta, J. & Caballero, J. (dir.). (2003). *Código Europeo de contratos, comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos* (I, pp. 52 y 54). Madrid.
- Vigieron, S. (2008). Le rejet de la bonne foi en droit anglais. En S. Robin Olivier & D. Fasquelles (dir.). *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire* (pp. 301 y ss.). Bruxelles: Bruylant. Recuperado de : <http://kar.kent.ac.uk/2051/>.
- Viney, G. & Joudain, P. (2006). *Les conditions de la responsabilité*. París: LGDJ.
- Viney, G. & Joudain, P. (2001). *Les effets de la responsabilité*. París: LGDJ.
- Weil, K. & Puis, F. (1994). Le droit allemand des conditions générales d'affaires revu et corrigé par la directive communautaire relative aux clauses abusives. *Revue internationale de droit comparé*, 46 (1), 125 y ss.
- Zweigert, K. & Kötz, H. (1998). *Introduzione al diritto comparato*. Milano, I.