

Las cláusulas abusivas - Evolución hacia una noción*

Abusive Clauses – Evolution towards a Notion

José Manuel Gual Acosta**

Citar este artículo como: *Gual Acosta, J. M.* (2016). Las cláusulas abusivas - Evolución hacia una noción
Revista Verba Iuris, 11(36), pp. 113-134.

Resumen

El régimen de las cláusulas abusivas ha tenido un desarrollo reciente en Colombia, por ello se hace necesario comprender a que se debió el origen de una forma de control específica para este tipo de cláusulas. Sin embargo, un avance sobre el tema resultaría inestable, si no se tiene la claridad necesaria sobre cuáles son los factores que determinan el test de abusividad a que se somete una cláusula contractual a fin de determinar cuándo se está ante una cláusula abusiva. Es precisamente la conformación de ese test general de control y la referencia a otro específico el objeto del presente estudio.

Palabras clave: Cláusula abusiva, consumidor, contrato asimétrico, listas negra y gris, equilibrio y transparencia, buena fe.

Fecha de Recepción: 1 de agosto de 2016 • Fecha de Aprobación: 23 de septiembre de 2016

* Artículo producto del proyecto de investigación: “Problemáticas contemporáneas del Derecho de la Responsabilidad Civil” el cual está vinculado al grupo en Derecho Privado y del Proceso de la Universidad Libre de Bogotá, financiado por esta misma universidad.

** Doctor en Derecho Civil, becado por la Scuola Superiore di Studi e perfezionamento Sant’Anna di Pisa (Italia) con tesis con calificación máxima suma cum laude, doctorando visitante ante las Universidades de París I y II, becario de Investigación por la Banca d’Italia ante el Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Génova (Italia). Especialista en Derecho de los Negocios y abogado de la Universidad Externado de Colombia. Docente tiempo completo de la Universidad Libre de Bogotá. Profesor de Posgrados, Maestrías y Doctorado en Derecho, en varias universidades entre ellas Santo Tomás, La Sabana, de Medellín, Santiago de Cali, Sergio Arboleda. Conferencista invitado por las universidades de Brescia, Ferrara y Pisa en Italia, Cergy Pontoise en Francia y de Lima en Perú. Autor de dos monografías en tema de cláusulas de irresponsabilidad en especial exoneratorias o limitativas; así como de otros dos textos en temas de responsabilidad y derecho de consumo. Ex magistrado Auxiliar de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, abogado consultor de entidades públicas y empresas privadas. Árbitro de la Cámara de Comercio de Bogotá. Correo electrónico: josegual2@gmail.com

Reception date: August 1, 2016 • Approval date: September 23, 2016.

* This article is the result of the research project: “Contemporary Problems of Civil Responsibility Law”, which is related to private law and process group at Universidad Libre, Bogotá, and was financed by same university.

** PhD in Civil Law, Scholarship for the Scuola Superiore di Studi e Perfezionamento Sant’Anna di Pisa (Italy), with thesis with maximum qualification suma cum laude, Doctorate Visitor before Universities of París I y II, Research Fellow by Banca d Italia before The Department of Private Law of the University of Genova (Italy).

Abstract

The regime of abusive clauses has had a recent development in Colombia, reason why it is necessary to understand the reason of the origin of a specific form of control for this type of clauses. However, the development on the subject would be unstable if one does not have the necessary clarity as to what are the factors determining the test of abusiveness to that a contractual clause is subject to in order to determine when an abusive clause exists. The object of this study is precisely the design of the overall control test and the reference to another specific.

Keywords: Abusive clauses, consumer, asymmetrical contract, black and grey lists, balance and transparency, good faith.

Introducción

Luego del movimiento codificador que inspiraría el derecho moderno de contratos bajo las ideas ochenteras, donde un contrato es regido por el postulado de justicia y equidad contractual y el respeto a la autonomía de la voluntad con un contrato libremente debatido entre contratantes iguales no podía más que ser un contrato justo (Bricks, 1982). Con el comercio masivo de la revolución industrial se demostró que esta idea de un contrato eficiente jurídicamente no parecía ser la más eficiente desde el punto de vista económico.

Ello así se evidenciaría con ocasión de la producción en masa que en últimas impulsaría el fenómeno de la contratación masiva, en especial después de la revolución industrial y la necesidad de contratar mediante la modalidad de un contrato por adhesión con

condiciones generales predispuestas, a fines de dar celeridad y eficiencia negocial a las transacciones mercantiles entrelazando las relaciones empresariales además de ahorrar tiempo y dinero (Posada, 2015). Realidad que abonaba el terreno apropiado para que se establecieran por la parte fuerte del contrato, quien por lo demás es la parte que lo redactada, cláusulas que a la postre resultaban bastante gravosas a la situación contractual de la otra parte que por demás se catalogaría de – parte - débil. De esta manera se darían abusos contractuales derivados del cláusulado preestablecido de manera estándar por medio de formularios o contratos tipo, en donde la discusión de los contenidos contractuales es prácticamente nula (Bricks, 1982), al punto que se terminaría por hablar de la figura de las cláusulas abusivas hacia de década de los años 60s gracias al movimiento

Specialist in Business Law and Attorney from Universidad Externado de Colombia. Full – time Professor at Universidad Libre, Bogotá. Professor of Postgraduate, Masters and Doctorate in Law, in several Universities, including Universidad Santo Tomás, Universidad de La Sabana, Universidad de Medellín, Universidad Santiago de Cali, Universidad Sergio Arboleda. Lecturer invited by the Universities of Brescia, Ferrara and Pisa in Italy, Cergy Pontoise in France and Lima in Peru. Author of two monographs on the subject of clauses of irresponsibility, especially exempt or limiting. As well as two other texts on issues of responsibility and consumer rights. Former Assistant Magistrate of the Civil Section of the Supreme Court of Justice, consultant lawyer for public entities and private companies. Referee of the Chamber of Commerce of Bogota. Electronic mail: josegual2@gmail.com

proteccionista del consumidor, a fin de tratar de reequilibrar el contrato; no solo en favor del consumidor sino de todo sujeto débil contractual a fin de mantener la eficiencia jurídica de contrato. Pues para nadie es un secreto que el contrato celebrado por adhesión es la modalidad de contratar más usada y es plenamente válida y se caracterizan por que una de las partes no tiene la posibilidad de influir sobre las condiciones con las cuales se obligara. (Corte Constitucional, T 795 de 2008 y T 464 de 1996, y Rodríguez, 2010).

De ahí la necesidad de verificar bajo qué criterios una cláusula contractual podría ser abusiva, a lo cual se deberá recurrir a un test de abusividad el cual no es muy claro y al criterio de las listas.

El proceso evolutivo hasta el test de abusividad a fin de determinar una cláusula abusiva

La idea de reestablecer el equilibrio contractual impulsaría la de proteger al contratante débil, en especial ello se vería desde los años 60s del siglo pasado a favor de proteger al contratante débil de las cláusulas abusivas (Bourgeois, 2002), posición que se tomaría bajo los parámetros de un nuevo orden público contractual (Mazeaud, 1999; Serra, 2002; Hinestrosa, 2015).

Es así como gracias al movimiento *consumerista* se hizo necesaria la actuación legislativa en defensa de los consumidores, en especial por razones económicas que durante la segunda mitad del siglo XX con claridad reflejaron cambios de la estructura de mercado, una producción en masa que con las nuevas tecnologías consiguen productividad y la necesidad empresarial de vender

esa gran cantidad de bienes y servicios que condujeron a una nuevas relaciones basadas en la mecanización y la despersonalización del mercado necesario para impulsar el desarrollo económico, (Lara – Echaibe, 2006).

Pero este proceso se da ligado a la lucha contra los abusos empresariales originados con ocasión de la producción y la contratación en masa, de esta manera los gobiernos desde la década de los 60s y en el mundo actual, se emitieron normas de protección con base en unos pilares proteccionistas del equilibrio contractual, marcados por el concepto de consumidor, el régimen de protección contra las cláusulas abusivas, la protección a unas obligaciones de información en su favor, el régimen de las garantías, un sistema de protección especial por productos defectuosos y contra contratos agresivos como son los celebrados por medios electrónicos. De esta manera se observa que una política de protección y defensa de consumidores y usuarios se necesita para impulsar el desarrollo económico.

Además de las razones económicas también están las razones sociales, generadas por los múltiples accidentes ocasionados por los bienes de consumo en temas alimentarios que hicieron necesarias medidas para impulsar la información y el conocimiento sobre los productos. Además de una representación colectiva y una redistribución en las opciones para acceder a la justicia en caso de daños; que en últimas conducen a unas razones de carácter político donde el Estado deberá velar por los derechos de los consumidores y una protección eficaz que permita defenderlos con un fundamento constitucional y con leyes de derecho privado y estatal (Lara – Echaibe, 2006). De ahí que se sostenga que incluso el derecho del consumo es multidisciplinario pues

posee normas que varían según el proceso económico incluyendo así además de normas civiles y administrativas, penales, procesales, policivas y de mercado e incluso se ha llegado a sostener que se trata de un derecho autónomo dentro de la disciplina jurídica con complejos elementos de las disciplinas del derecho privado y público (Durand, 2007; Zeno – Zencovich, 2000).

Podemos afirmar que las normas de protección al consumidor datan desde la antigüedad incluso ya desde la Biblia para proteger al consumidor en tema de pesos y medidas, para que este las tuviera tanto justas como exactas. De la misma manera encontramos normas en Egipto sobre las carnes, en Grecia y Roma sobre la prohibición de rendir el vino con agua y en India para evitar que se adulteraran los granos y el aceite. Además, durante la edad media se habla de los inspectores de alimentos como los de la pimienta; a fin de que en su lugar de manera inescrupulosa no se molieran cascara o semillas de nuez, coco y oliva. De otra parte, hacia el año 1200 D. C, en Inglaterra la corona imponía medidas de control sobre el peso del pan o la mezcla de la harina con sedimentos de guisantes secos o habas, imponiendo sanciones hasta penales y castigos incluso en el cepo. Leyes de consumo de alimentos también se dieron en Estados Unidos hacia 1784 y leyes de pesos y medidas hacia 1790. También se desarrollaron leyes sobre alimentos y medicinas en Europa hacia 1870 (Durand, 2007).

Pero será en la era moderna desde la industrialización y en especial desde las décadas de los 60s y 70s que surgen las normas de protección contra las cláusulas abusivas; en especial se daría una normativa de consumo prolifera gracias al movimiento consumista iniciado en 1960 con el presidente J. F. Kennedy y con

su mensaje al Congreso de 1962 delimitando los derechos del consumidor. El desarrollo del derecho de consumo se fundamentaría entonces con base en:

- La búsqueda de la seguridad alimentaria por su potencial peligrosidad a la salud e integridad sicofísica y las dificultades probatorias por la ingestión de bebidas y alimentos, llegando a aducírseles una potencial peligrosidad.
- La salud de la colectividad con base en los medicamentos y fármacos pues con ellos se produjeron muertes por medicamentos milagrosos no comprobados.
- Los cosméticos y maquillaje pues con ellos se dieron cegueras por el uso de ciertos colorantes en las pestañinas y hasta envenenamientos y desfiguraciones en la década que va del año 1920 al año 1930.
- Finalmente, sobre los juegos para menores por el hecho de los destinatarios de esos productos tienen poca capacidad para entender o querer pues el infante está particularmente expuesto y es indefenso al punto que se ha llegado a entender la actividad de producción de juguetes como una actividad potencialmente peligrosa. Incluso se consagrarían acciones civiles individuales y de grupo. (Zeno- Zencovich, 1995; Durand, 2007).

Finalmente se desarrollarían ya en los 70s las agencias de protección al consumidor en los Estados Unidos e incluso en Europa comisiones de cláusulas abusivas como en el caso francés e incluso procesalmente se habla de acciones civiles individuales y de grupo (Alpa, 1995), como normas sobre políticas de precios, seguridad e información publicidad engañosa contraindicaciones de alimentos, entre otras sin embargo el proceso

de protección aún está en evolución (Durand, 2007).

Tanto en los Estados Unidos como a su vez en los diferentes Estados de Europa en donde se siguieron los modelos de Inglaterra y Alemania, no obstante los intentos protectivos de la parte débil cuando celebrara un contrato con condiciones generales contractuales predispuestas propuestas por Italia e Israel durante finales de la década de los 40s (Smorto, 2001), todo lo cual en últimas llevaría a la Unión Europea a un régimen más armonizado de las legislaciones de consumo para pasar de un sistema de un mercado común de productos a uno único, lo cual se ha procurado tanto con la expedición de la directiva UE 13/ caracterizada por ser una directiva de mínimos; es decir los Estados podrían mejorar el grado de protección y en tema de cláusulas abusivas trae un listado enunciativo, como con su directiva de complementaria UE 83/2011 en donde aún que tuvo por idea que esta fuera ser una directiva de máximos con un régimen de armonización plena de las cláusulas que no permitiera a los Estados más que incluir el régimen en sus legislaciones internas sin modificación finalmente la reglamentación dejó vigente de la directiva 13/ 93 el tema de listas de cláusulas abusivas esto es un régimen de mínimos sin presunción alguna. Cuando se pretendió con la propuesta de reforma desde el año 2008 que el listado se reformará, en el sentido de incluir cinco cláusulas abusivas consideradas así por aparecer dentro de una lista prohibitiva o negra y otras doce más que de manera presunta se considerarían abusivas pero que a diferencia de las primeras por estar dentro de una lista grises admitirían prueba en contrario. En todo caso con la primera directiva se armonizo, pero con la segunda más que armonizar de manera

total se pretendió incluso unificar el régimen comunitario de las cláusulas abusivas lo cual finalmente no se logró. (Bricks, 1982; Graziuso, 2010; Gual, 2013).

El modelo de régimen sobre las cláusulas abusivas de la directiva UE 13/ 93 en gran parte sería seguido por varios países de América latina incluido Colombia con la Ley 1480 de 2011 (Gual - Villalva, 2013).

Dicho modelo de protección al consumidor contra las cláusulas abusivas se inspiró en los principios de la buena fe contractual como preventivo de abusividad (Roppo, 1994), la transparencia del contrato a fin que sea redactado de modo claro y comprensible y hasta en la lengua del país de las partes, la conservación del contrato y el equilibrio contractuales es decir entre derechos y obligaciones (Amato, 2003; Roppo, 1996). Como también con que se mantenga la finalidad del contrato esto es que las prestaciones sean conformes a lo que legítimamente se espera. También se inspiró en el principio de que la escogencia de la ley aplicable sea la menos desfavorable al consumidor. Finalmente, en el principio de la protección colectiva por el cual se pretende el acceso colectivo a la justicia mediante las asociaciones de consumidores (Alpa, 1995)

Es de anotar que también se han dado dicha reglamentación de manera global que van desde Estados Unidos de América a Argentina y de Chile a Japón pasando por los Sistemas de la ex cortina de hierro incluida Rusia y los sistemas Islámicos de oriente y Rusia hasta llegar a la misma Australia (Gual, 2009; Ruiz, 2015).

Se trata de un movimiento que desde los años 60s incluso toma una de las cláusulas más usadas en el derecho internacional como

lo es la de irresponsabilidad en su sentido más amplio y tratan de establecer regímenes comunes tanto en materia de contratos internacionales mediante las legislaciones *Soft* como los principios del comercio internacional de Unidroit pero dentro de una reglamentación de cláusulas abusivas que basa una protección al equilibrio contractual con base en la buena fe y la lealtad negocial tal y como se deduce de los textos del Código Europeo de Contratos (CEC) de la comisión de Pavia, los principios del derecho europeo de contratos de la comisión Lando (PECL o PDEC) así como en los principios Acquis, el marco común de referencia (DCFR o DRAF) y finalmente la CESL sobre la compraventa (Gual, 2015; Ruiz, 2015).

Es así como precisamente la protección del contratante débil contra las cláusulas abusivas, será el tema central que ocupará la presente reflexión. Pues en el proceso contractual con miras a una eficiencia económica impulsada por la contratación masiva y la producción de a gran escala, la libertad contractual al final conduce a la existencia un contrato asimétrico de los poderes contractuales (Benedetti, 2012). Contrato este que está marcado por una característica posición de debilidad de una de las partes, la cual se puede presentar cuando se contrata entre un empresario y un consumidor (contratos B2C), o incluso cuando el gran empresario contrata con un mediano o un pequeño empresario (contratos B2b), y en últimas cuando ese empresario fuerte contrata con un cliente (contratos B2S) dentro de los cuales podrían estar o bien los consumidores o en cambio los empresarios pequeños o medianos (PyME) (Roppo, 2011).

En dicho proceso asimétrico de la contratación, el empresario fuerte de manera

unilateral suele establecer el contenido del contrato de manera previa a su celebración, a este fin recurre al uso moderno de la contratación masiva mediante el empleo de formularios o módulos estándar en oposición a un contrato personalizado que en últimas se utilizaran para que esta empresa contrate con un número indeterminado de clientes, quien no han tenido en efecto el poder de negociar no más de dos alternativas una la de poder modificar el contenido del contrato o de las cláusulas contractuales, es decir en últimas se contrata mediante lo que se suele llamar un contrato por adhesión en oposición al negociado, el cual no solo se da porque existe como una modalidad en la cual el adherente tiene la alternativa de contratar al momento de adherir al contenido predispuesto o en cambio de no contratar semejante contenido contractual puesto que el adherente o cliente suele carecer del poder para modificar el contenido contractual al no haber participado en las negociaciones del modelo estándar (Roppo, 2001).

De esta manera resulta claro como la eficiencia económica generada por los medios masivos de producción debidos a la automatización y racionalización tanto de la producción como de la distribución mediante una contratación masiva por adhesión, la cual suele emplear por razones de las exigencias y celeridad del tráfico negocial moderno a fin de superar las crisis económicas con ocasión de los dos grandes conflicto bélicos mundiales y la gran depresión de los años 30s, sin que tampoco se desconozca las consecuencias de la crisis general del derecho por delitos políticos y económicos, la indulgencia de las legislaciones acompañada de una perdida de la moral y la justicia, la estatificación generada por la intervención, la despersonalización

del sujeto y la descosificación del objeto (Vallespinos, 1984). Justifico la utilización un contrato tipo o modelo el cual suele estar en un formulario estándar ya impreso y que por demás su contenido por lo general es redactado por una persona quien es la parte fuerte empresarial, con la finalidad de ser utilizado con una serie indeterminada de personas o clientes a la que se le suele llamar la parte débil, en la medida que este último no tiene el poder de negociar las condiciones contractuales allí ya preestablecidas lo cual lo hace de adhesión toda vez que el poder negocial queda reducido a contratar o a no hacerlo. No obstante, esta modalidad de la contratación por o mediante adhesión a condiciones generales predispuestas se suele emplear en los contratos de consumo B2C también se suelen emplear entre empresarios B2b como suele ocurrir en las franquicias (Calais 2003) o en los contratos con grandes superficies en tema de contratos de distribución.

No parece coincidir con la eficiencia jurídica de las relaciones contractuales con el cual o que se busca corregir las incoherencias contractuales a fin de mantener su armonización y estabilidad, así como la utilidad individual y social del contrato bajo parámetros de justicia contractual que permitan que la seguridad jurídica perdure al ser indispensable en las relaciones contractuales. Todo lo cual parece alcanzable al mantener un contrato equilibrado y proporcional en el conjunto de las obligaciones y prestaciones ya que incluso conlleva a optimizar la creación de riqueza en función del bienestar colectivo como de la función social del negocio jurídico.

De ahí que el equilibrio contractual se entienda como un imperativo del derecho pues la justicia contractual exige reciprocidad de las obligaciones y estipulaciones (Bricks,

1982). De tal manera se propende por un equilibrio jurídico donde en la formación y gestión contractual las partes se encuentren un plano de paridad y el equilibrio económico donde se salvaguarde una relación congrua entre los valores de intercambio en el ámbito de las prestaciones recíprocas (Camiletti, 2004; Fin –Langer, 2002).

Pues basta recordar que, con un contrato celebrado por adhesión de contenido predispuesto por una de las partes a través de un módulo o formulario estándar, elaborado para un uso masivo indeterminado, el poder de negociación tiende a ser nulo para la otra parte. Durante su primera etapa surgió como un factor generador de abusos y fungió como la expresión jurídica del desequilibrio, pues el predisponente actuaba como una persona fortalecida en su posición contractual tanto por el conocimiento especializados, como por su pericia en la experiencia negocial e incluso por su poder económico. Situación que aunque justifica desde el punto de vista económico al ser inherentes al mundo del comercio ha incrementado la situación desigualdad y la de debilidad del adherente, constituyéndose dicha realidad en un factor de abusos y desequilibrios contractuales que atentan contra la buena fe y principios como el de transparencia contractual, por los defectos de reciprocidad de las estipulaciones (Bricks, 1984) de ahí la necesidad de un control de orden público que pretenda por la acción del Estado y sus organismos de control reequilibrar el contrato (Hinestrosa, 2015).

Con la finalidad de que el contrato mediante la técnica o modalidad de celebración masiva de adhesión por medios estándar funcione como mecanismo indispensable de las relaciones contractuales y pueda satisfacer las necesidades económicas con una protección

jurídica eficaz del débil (Vallespinos, 1984) e incluso cumpla con una función social como es la de redistribuir la riqueza; de ahí que hoy a nivel global se tienda a buscar o establecer un control cada vez más severo o al menos eficaz sobre las cláusulas abusivas.

Determinación de una cláusula como abusiva mediante los precedentes creadores de la jurisprudencia civil previos a los regímenes de cláusulas abusivas

El concepto de cláusula abusiva obedece a un estándar, esto es a una noción jurídica de contenido variable o cambiante es decir que no es posible dar de ella una definición teórica precisa pues se debe ver en cada caso concreto el desequilibrio o ventaja excesiva que con ella se genera (Raymond, 2015; Terre, 2002).

Se podría afirmar en línea de principio que una cláusula abusiva es aquella que resulta predisuelta por una de las partes quien ejerce un cierto poder contractual derivado por lo general de una posición dominante y que de hecho le resulta impuesta a la otra parte quien se encuentra en una condición de dependencia económica o debilidad que no solo es económica, sino que también se podría presentar por falta de pericia contractual o conocimientos, generando con dicha disposición un desequilibrio normativo es decir de los derechos y obligaciones pero que además debe ser de carácter importante o significativo entre los sujetos contratantes. Es decir, no todo desequilibrio se considera un requisito de abusividad.

Ahora si bien por regla general se piensa que ellas solo existen en contratos de

adhesión consumo; posición como la que también trae la Ley 1480 de 2011 que se aplica a contratos de adhesión celebrados entre un empresario y un consumidor, quien en Colombia este último sujeto débil podría ser tanto una persona natural como jurídica, de derecho público o privado siempre que se esté dentro de una relación de consumo. Muy a diferencia de las posiciones de las directivas UE 13/93 y 83/11 que aplican el régimen de abusividad para contratos de consumo negociados o no, pero donde el consumidor solo puede ser una persona natural; pero que, sin embargo, muchos países en sus legislaciones internan aplican una protección contra cláusulas abusivas a contratos entre empresarios.

En realidad, no escapan a ellas ni los contratos entre profesionales de una actividad pues entre ellos también pueden existir cláusulas desequilibrantes en especial cuando se está ante contratos B2b es decir entre un empresario fuerte y uno menos fuerte como lo sería un pequeño o mediano empresario. En efecto así lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia de manera bastante clara en dos sentencias de la Sala Civil; la primera del 2 de febrero de 2001, expediente 5670, con ponencia de Carlos Ignacio Jaramillo en tema de seguros y la segunda con ponencia de Jesús Vall de Rute del 24 de febrero de 2015, expediente SC1806-2015 en tema bancarios; en donde se verificó cual es la ventaja excesiva o desequilibrio jurídico o normativo que un empresario en su calidad de parte obtuvo del otro empresario mediante el empleo de unas cláusulas contractuales que por demás se consideró abusiva.

Claro está que en un contrato de adhesión considerar que existe abuso de poder de una de las partes podría resultar más fácil por el solo hecho de la adhesión, pero no así en

contratos que son negociados. En todo caso un desequilibrio económico no anularía una cláusula como abusiva, salvo que coincida con un desequilibrio de carácter normativo o jurídico (Terre, 2002).

Es de observar el primer fallo es una sentencia que se profiere antes del Estatuto de Consumo de 1480 de 2011 lo cual la hace novedosa pues no existía en Colombia una reglamentación sobre cláusulas abusivas en contratos privados; sin embargo, la Ley 142 de 1994 sobre Servicios Públicos Domiciliarios, en su artículo 133, consagró un listado de cláusulas que se podrían presumir abusivas. De tal manera por demás ambos fallos son una manifestación de la función creadora de las Cortes que posteriormente se seguiría en el fallo de 2015.

También es de rescatar que existían ya unos intentos de protección de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia contra las cláusulas abusivas a pesar de no existir en derecho privado una normativa general de control que fuera clara y expresa. A lo que la jurisprudencia entonces fundamento un test o control de abusividad en la prohibición de abusos contractuales y la violación de la buena fe. Así mediante la sentencia del 19 de octubre de 1994, expediente 3972, la casación específica estos argumentos para decretar la abusividad de una cláusula, los cuales serviría de base en la sentencia del 29 de enero de 1998, en tema de seguros y nuevamente en sentencia del 27 de marzo de 1998, expediente 4798, en tema de préstamos bancarios (Suescun, 2004) como también en la sentencia del 4 de marzo de 1988 sobre reducción de los términos de prescripción tendencia similar se ha visto en laudos arbitrales de la Cámara de Comercio de Bogotá, como el de Aura Cristina Geithner contra Sonolux del 13 de junio de 2001 sobre

una cláusula de exclusividad que a la postre resultó demasiado larga (Rengifo, 2004; Gual, 2009).

Antes de la existencia de una norma sobre el concepto de cláusulas abusivas se dieron algunas tendencias de su control sin una definición clara con la Ley 142 de 1994 de servicios públicos que en su artículo 133 bajo el concepto de abuso de posición dominante consagra desde entonces un listado de cláusulas no taxativo de cláusulas que podrían ser anuladas.

Posteriormente la Ley de 1328 de 2009 sobre el consumidor financiero prohíbe en su artículo 11, las cláusulas abusivas que se incorporen en un contrato de adhesión por ser contra el equilibrio contractual y al considerarlas ineficaces por tomarlas como no escritas, establece un listado de cuatro tipos de las mismas, que luego se ampliaría por la Superintendencia Financiera (SIF).

Así mediante la Circular Externa 039 de septiembre 2011 de la SIF se agregaría a la Circular Básica Jurídica (Circular Externa, 007 de 1996) al título primero del capítulo sexto el numeral 10, sobre cláusulas abusivas en desarrollo de la Ley 1328 de 2009, artículo 11, numeral 5 y por medio de la cual se amplía el listado de control de abusividad de la Ley 1328 al prohibir 27 nuevas cláusulas que serían abusivas.

De esta manera prohíbe bajo un listado negro que será taxativo junto con el de la Ley 1328 de 2009, las cláusulas que generen un desequilibrio del contrato o un abuso de posición dominante y establece un listado negro de veintisiete (27) cláusulas abusivas.

El texto de la Circular Externa 039 de 2011 enumera:

- dieciséis (16) cláusulas sobre limitación de responsabilidad y modificaciones unilaterales del contrato de las entidades financieras vigiladas,
- en un número de siete (7) cláusulas sobre limitaciones o renunciaciones de derechos de los usuarios de esas entidades y
- finalmente otras cuatro (4) cláusulas sobre temas varios también consideradas abusivas.

Posteriormente se emite la nueva Circular Básica 029 de 2014 que modifica y actualizada la Circular Básica 007 de 1996 y finalmente con la Circular Externa 018 del 26 de mayo de 2016 de la misma SIF se modifica la Circular 029 de 2014 y se establece un nuevo listado negro o prohibitivo taxativo que amplía las cláusulas abusivas a un número de 52 bajo los rubros de:

- cláusulas de exoneración limitación o renuncia de derechos indicando un número de once (11),
- sobre inversión de carga de la prueba, sobre espacios en blanco, sobre exoneración o limitación de responsabilidad en un número de catorce (14)
- sobre modificaciones unilaterales del contrato en un número de nueve (9),
- las que afecten el equilibrio contractual o abuso de poder dominante en un número de diez y ocho (18).

No obstante no es claro si este nuevo listado de cláusulas abusivas es o no taxativo, parecería que si ya que la misma Ley 1328 de 2009 en el numeral 5 del artículo 11, establece que el listado de cláusulas abusivas es ejemplar en el sentido que lo ampliaría el superintendente financiero y que lo podría modificar, e incluso el numeral 54 de la

Circular 018 de 2016 consagra un listado sobre prácticas abusivas y establece que también podrá haber otras cláusulas abusivas por ley o circulares de la misma SIF.

Se emitirían otras normas menores sobre cláusulas abusivas en sectores específicos son ellas la Resolución 3066 de 2011 de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) que enumera en su artículo 14 nueve cláusulas abusivas en Lista negra taxativa y las considera ineficaces por tenerlas como no escritas. La CRC emite también la Resolución. 3038/2011 para contratos de servicios postales y establece en su artículo 7 cuatro (4) cláusulas abusivas dentro de una Lista negra taxativa y finalmente la (CNT) comisión nacional de televisión profiere el Acuerdo 11 de 2006 y en su artículo 25 consagra 11 (once) cláusulas en lista negra lo curioso es que lo hace bajo el termino de cláusulas objetables por ser contrarias a la buena fe. (Pérez, 2013)

En Colombia no existía hasta el año 2011 una norma que de manera clara permitiera definir los criterios del test de abusividad es decir la noción de cláusula abusiva, sino que simplemente bajo diferentes normas sectoriales mediante los factores comunes en allí consagrados de manera común en esas normas se podría llegar a una posición cercana sobre la realidad de lo que se quería controlar bajo el concepto de cláusula abusiva.

De ahí que se recurriera por la jurisprudencia en sus inicios a la posición de abuso contractual, buena fe, equilibrio o normas imperativas.

En efecto en su afán y esfuerzo por controlar las cláusulas abusivas con base en la línea jurisprudencial de los precedentes de la casación la sala civil de manera novedosa y por primera vez en 1994 con la antes

mencionada sentencia de la Sala Civil del 19 de octubre expediente 3972, al estudiar una cláusula entre una entidad financiera y una constructora es decir en un contrato entre empresarios, considera una cláusula abusiva, con base en que un abuso del derecho es algo muy cercano a la violación de la buena fe y en consecuencia hay que evitar abusos contra el equilibrio del contrato. Sin embargo, parecería que el alcance que esa sentencia da al equilibrio que se pretende proteger con la cláusula declarada abusiva es de carácter económico, lo cual no se comparte pues con las cláusulas abusivas lo que se busca proteger es el equilibrio normativo del contrato.

Se daría luego la sentencia del 27 de marzo de 1998, (Expediente 4798) en un caso en que se hicieron unas hipotecas para garantizar el mutuo para la compra de un barco pesquero, pero para cuando la entidad bancaria debía desembolsar decide no hacerlo. Cuando el caso pasa al estudio de la casación se analiza la cláusula de exoneración de la entidad bancaria por el incumplimiento. Considera la Corte que la cláusula busca una exoneración del banco deudor por el incumplimiento de sus cláusulas u obligaciones contractuales fundamentales. De esta manera y bajo este argumento considera la sala civil que la cláusula de irresponsabilidad será abusiva por contrariar la buena fe, el equilibrio y la equidad. Si bien se comparten los criterios por cuanto que al parecer y tienden al equilibrio normativo del contrato. La teoría de la obligación fundamental es bastante francesa, pero nada impone este límite pretroriano a las cláusulas de irresponsabilidad pues puede ser un límite de validez que dé lugar a un exceso de subjetividad y arbitrariedad judicial, pues lo que es fundamental para alguien en un contrato no lo es para el otro. (Gual, 2015; Tamayo, 2007) es en efecto un límite que ya

se presenta como superada desde 1980 en el derecho inglés y americano que fue donde se creó, al respecto ni en Italia como tampoco en Alemania tiene aplicación, pero Francia desde 1996 con jurisprudencia constante la mantiene como un imite de validez y se ha criticado como un retroceso del sistema francés (Gual, 2012).

Se pasa luego a la sentencia del 2 de febrero de 2001 (Expediente 5670) que se podría considerar como uno del fallo hito al marcar varias de las posiciones que en la actualidad sigue la casación y además sin que existiera en el derecho interno una norma sobre la noción de cláusula abusiva. El fallo considera como abusiva una cláusula en la que se consagrado que una compañía de seguros solo pagaría hasta que se defina por sentencia que se dio el siniestro. (Prada, 2010).

Al respecto resulta interesante como la Corte define en esa sentencia las cláusulas abusivas como aquellas que reúnen estos requisitos:

1. Cláusulas que generan un desequilibrio normativo importante
2. Violan la buena fe en sentido Objetivo

Los dos criterios resultan ser bastantes acordes al derecho comparado de los sistemas creadores de derecho y el de los códigos tipo pues se ha establecido en general en ellos que son ellos los factores determinantes de la abusividad esto es tanto el desequilibrio normativo esto es de las obligaciones mutuas de las partes sería contrario incluso contra el principio de la buena fe como segundo factor determinante, que en últimas es lo que impulsa el desarrollo de las últimas tendencias que consideran que lo que hace a una cláusula que sea abusiva, es precisamente de una parte el unilateralismo contractual de

los derechos dándolos a una sola parte y de la otra parte la negación de derechos a la contraparte (Gual, 2015); lo cual ha mostrado incluso como hasta el legislador francés ha abandonado los criterios de ventaja excesiva o de abuso de poder dominante (Raymond, 2015).

3. Carecen de negociación individual.

Sobre el tercer criterio si bien ha sido acertado en cuanto se ha seguido por tradición toda vez que las normas de protección del texto armonizados incluso la directiva UE 13/93 han sido partidarias de un control de abusividad solo para las cláusulas que aparezcan en contratos de adhesión de la manera como al momento actual lo hace la Ley 1480 de 2011 o Estatuto del Consumidor (arts. 5 y 42) que entro en vigor desde el 12 de abril de 2012. Las nuevas tendencias marcadas por la directiva UE 83/2011 muestran como ese control de abusividad se podría hacer sobre cláusulas pactadas de manera negociada o no es decir será indiferente al momento de hacer el test que ellas sean o no parte de un contrato celebrado por adhesión. Sin embargo, en esta sentencia del año 2001 también se expresa que las cláusulas abusivas pueden estar en contratos negociados o no, aunque se usan más en contratos escritos celebrados por adhesión o sin una negociación que le permita al cliente oponerse a la posición del predisponente ni variar su posición contractual pues ante el urbanismo y la celeridad negociar la opción de la parte débil o cliente será manifestar si contrata o no. Por demás es claro que donde se puede hablar con facilidad de la existencia de la cláusula es que este dentro de contratos por escrito.

También es acertado, aunque si es de manera complementaría como la Corte sostiene en la sentencia de 2001 que las cláusulas abusivas son contrarias a la Constitución

nacional por violar la buena fe (arts. 95 inc. 2) ser fuente de abuso, (art. 333 inc. 4) y contra el derecho de los consumidores (art. 78).

En otro caso la Casación Civil en un fallo del 31 de octubre de 2002, (Ref.: Expediente No. 6459) sobre un contrato arrendamiento con autorización de demolición y compensaciones de cánones, determina con acierto la no abusividad de una cláusula, que se creyó por el recurrente abusivo por temas de mala fe cuando en realidad como sostiene la Corte se trataba de un error de interpretación. Es de anotar que lo curioso es que se trata de un contrato entre dos sujetos donde uno es más fuerte que el otro, pero donde se observa, que no es propiamente un contrato al que pareciera aplicarse un régimen de cláusulas abusivas pues parece más un contrato del tipo C2C que B2C, sin embargo desde que la Corte lo aplica parecería bajo un criterio de equilibrio contractual contra un débil y seguro tal vez de un contrato donde la parte fuerte sería un comerciante de la actividad arrendadora.

4. Finalmente plantea el fallo que las cláusulas de las listas negras son abusivas.

Este último criterio es precisamente el criterio que permite detectar una cláusula abusiva.

Se trata de un criterio que si bien no aparece en todos los sistemas con un régimen de cláusulas abusivas si permite aplicar con precisión el test de abusividad pues dependiendo del tipo de listado ese puede ser mejor en el sentido que las cláusulas que aparezcan en ese listado son ineficaces por que así se presumen y no admiten prueba en contrario. Mientras que si es un listado gris las cláusulas que allí aparecen se presumen abusivas, pero admiten prueba en contrario de parte de la parte fuerte o que las redacto, es decir una prueba que desvirtuó la abusividad como seria en el caso de que se pruebe

que ellas están equilibradas porque V. Gr a cambio se ha otorgado un beneficio desde el punto de vista económico.

Con una sentencia de la Sala Civil del 19 de febrero de 2003 (expediente 6571) con ponencia de Valencia la casación al analizar una cláusula que modifica los términos de prescripción en un contrato de seguro confirma la posición del precedente del año 2001 al catalogar dicha cláusula como una cláusula restrictiva de carácter abusivo. Luego se emitirá un fallo del 24 de mayo 2005, con ponencia de Pedro Munar, en donde se controla una cláusula delimitación del objeto confusa como una cláusula de exoneración por su efecto lo cual también es acertado al mejor estilo de los PDEC lo cual muestra que para la Corte el concepto de cláusulas abusivas es amplio y evita que ellas se oculten bajo otro tipo de cláusulas que pueden tener nominación diferente por sus contenidos pero que también hay que verificar su efecto o su aplicación. En fallo del 18 de julio de 2005 (exp. 2075) mediante sentencia la sala civil con ponencia de Silvio Trejos se considera abusiva una cláusula por limitar los medios probatorios a solo pruebas escritas al coartar la libertad probatoria en el ejercicio de los derechos, también una posición muy acertada que tan solo se vería con claridad por nuestro legislador hasta la Ley 1328 de 2009, es decir una cláusula que tarifa la prueba o la limita a ciertos tipos de ellas es abusiva.

En una etapa final de la jurisprudencia en la sentencia del 30 de agosto de 2011 (ref.: 11001-3103-012-1999-01957-01) con ponencia de Willian Namen, considera abusiva por ser contra el orden público una cláusula de terminación unilateral contractual si ella no está autorizada por la ley en aplicación del art. 95 de la C. N., en esta

ocasión la Corte considera abusiva una por ser contraria a la buena fe, las normas imperativas y los derechos indisponibles posiciones todas acertadas pero lo novedoso es el último criterio como un desarrollo de la constitucionalización de las cláusulas abusivas para que respeten la salud, integridad y la vida en una palabra los derechos fundamentales como parte del orden público de protección (Gual, 2015).

Luego en un fallo con ponencia del mismo Willian Namen del 8 de septiembre de 2011 se sometiera la cláusula de exoneración de responsabilidad y se consideró abusiva por no adecuarse al orden público, aunque se trata de un límite bastante amplio e impreciso parecería acertado en el sentido de que dentro de este cabrían los principios generales de control de una cláusula abusiva como son la buena fe y el equilibrio normativo basados en el concepto de abusividad, así como los criterios específicos de control basados en el criterio orientador de las listas negras y grises.

Pero es a partir del 12 de octubre de 2011 con la Ley 1480 que en su artículo 42 el concepto de cláusula abusiva se desarrollaría por el legislador y establece un test de abusividad doble pues de una parte lo hace de una parte bajo un criterio genérico conceptual basado en cierto desequilibrio que la cláusula podría generar.

Ley 1480 de 2011, artículo 42

“Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza”.

De esta norma se puede observar que para que la cláusula sea abusiva debe haber un desequilibrio de cierta naturaleza el cual será normativo y de cierta magnitud es decir relevante (significativo, relevante importante o enorme). Así también lo consideran el Laudo Herpaty Vs. Consesa, de la Cámara de Comercio de Bogotá, del 16 de diciembre de 2005, ahora además deberá ser un desequilibrio injustificado o irrazonable es decir si hay una justificación por el cual sea razonable que exista porque por ejemplo otra cláusula lo hace justo entonces ya no es un desequilibrio que genere abusividad (Rodríguez, 2013).

De otra parte bajo un criterio específico orientador como lo es el de las listas, que en esta ley obedece a una lista negra enunciativa, es decir una lista con carácter de orden público en la cual la cláusula que aparezca en ella se presume de derecho abusiva y no admite prueba en contrario, sin perjuicio de que si el juzgador en la apreciación del contrato detecte otra cláusula que bajo los criterios generales pueda así declarar en el proceso, por tener dicha cláusula objeto ilícito al contrariar normas de orden público, como el principio de la buena fe a fin de controlar la transparencia contractual y garantizar el desequilibrio significativo o abultado o si se quiere enorme entre los derechos y obligaciones de las partes al observar una desproporción manifiesta o excesiva, toda vez que incluso el desequilibrio no se traduce necesariamente en un costo económico, sino que puede resultar de un obstáculo para que el consumidor o cliente ejerza sus derechos o de una restricción a los derechos por atacar la reciprocidad y conmutatividad o proporcionalidad de los contratos, en fin una ventaja sin contra partida podría ilustrar un desequilibrio significativo, como también las

cláusulas que confieren poderes unilaterales o discrecionales sin algo que le haga contrapeso o las cláusulas que chocan de manera directa o indirecta contra los derechos del consumidor. En todo caso todo se puede sintetizar a dos criterios el unilateralismo y la negación de un derecho como criterios que marcarían el desequilibrio significativo (Sauphanor – Brouilland, 2014). En todo caso el desequilibrio significativo es una de esas nociones difusas del derecho como lo es la lealtad, la buena fe o la razonabilidad, todos con una gran carga simbólica, en últimas se podría decir que el desequilibrio significativo sería aquel que es contra natura, como ocurre cuando hay prácticas sin reciprocidad ni compensación, las obligaciones cuando son injustificadamente desfavorables para una de las partes y perjudiciales para la economía. En todo caso se podría recurrir a nociones como la lesión, el justo precio o la economía del contrato para tratar de adecuar una definición (Mouial, 2015).

Surge e interrogante de saber en qué momento se observa el desequilibrio, la tendencia es que se debe observar al momento en que el contrato se hace y de todas las circunstancias en ese proceso, siempre viendo si existe una contrapartida en otra cláusula en provecho de la otra parte. También se deben ver las cláusulas de otros contratos si la ejecución de los dos contratos depende jurídicamente el uno del otro es decir si los dos contratos son interdependientes de manera objetiva como ocurre en los grupos de contratos o existe una indivisibilidad negocial como cuando se le compra a una empresa de vigilancia los equipos de tele vigilancia y se celebra también con ella la suscripción a esos servicios de tele vigilancia. En todo caso también es de ver el caso en concreto en que

se denuncia una cláusula abusiva a fin de medir el grado de desequilibrio. (Sauphanor – Brouilland, 2014).

El artículo 43 de la Ley 1480 referidos contratos de consumo celebrados por adhesión consagra una tipología de cláusulas que permiten categorizar dentro de unas listas las cláusulas que son de manera irrefragable abusivas y sin entrar en mayor explicación por cuanto que ello desborda al objeto del presente estudio basta mencionar que se hace referencia a 14 cláusulas negras.

Ley 1480 de 2011, Artículo 43. Cláusulas abusivas ineficaces de pleno derecho

Son ineficaces de pleno derecho las cláusulas que:

1. Limiten la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley les corresponden;
2. Impliquen renuncia de los derechos del consumidor que por ley les corresponden;
3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;
4. Trasladen al consumidor o un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad del productor o proveedor;
5. Establezcan que el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado;
6. Vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumpla sus obligaciones;
7. Concedan al productor o proveedor la facultad de determinar unilateralmente si el objeto y la ejecución del contrato se ajusta a lo estipulado en el mismo;
8. Impidan al consumidor resolver el contrato en caso que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor, salvo en el caso del arrendamiento financiero;

9. Presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo;

10. Incluyan el pago de intereses no autorizados legalmente, sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal.

11. Para la terminación del contrato impongan al consumidor mayores requisitos a los solicitados al momento de la celebración del mismo, o que impongan mayores cargas a las legalmente establecidas cuando estas existan;

12. <Numeral derogado por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012. Entra a regir a partir del 12 de octubre de 2012>

13. Restrinjan o eliminen la facultad del usuario del bien para hacer efectivas directamente ante el productor y/o proveedor las garantías a que hace referencia la presente ley, en los contratos de arrendamiento financiero y arrendamiento de bienes muebles.

14. Cláusulas de renovación automática que impidan al consumidor dar por terminado el contrato en cualquier momento o que imponga sanciones por la terminación anticipada, a excepción de lo contemplado en el artículo 41 de la presente ley”.

Basta mencionar que los listados se caracterizan por hacer mención a cláusulas que se refieren a la formación del contrato, a su objeto, o a su ejecución al recaer sobre obligaciones o la inejecución o terminación del contrato, o en cambio se refieren a los litigios de origen contractual (Sauphanor – Brouilland, 2014) o incluso a cláusulas que establecen sorpresas contractuales o desequilibrios (Roppo, 1996; Roppo – Napolitano, 1994; Bricks 1982).

Ahora luego de promulgada la Ley 1480, en sentencia de la casación civil del 14 de diciembre

de 2011 (exp. C-1100131030142001-01489-01) con ponencia de Jaime Arrubla se insiste en el control de abusividad de la cláusulas con base en la buena fe y considera la Corte que ello se observa con más facilidad en los contratos por adhesión. Lo cual muestra el acierto de la Corte al analizar como fundamento de la abusividad la violación de la buena fe lo cual en doctrina se ha entendido como contrario al orden público e incluso como un factor de desequilibrio. Además, la Corte en ese fallo también con acierto hace referencia a la categorización de las cláusulas al hacer referencia al criterio de listas y en especial a lista negra de las cláusulas abusivas.

La más reciente sentencia de la casación civil al respecto de cláusulas abusivas es del 24 de febrero de 2015 de 2015 (Ref. SC1806-2015) con ponencia de Jesús Vall de Ruten, indica como la Corte considero abusiva una cláusula por la cual en un contrato de cuenta corriente se reducían los plazos de caducidad de las acciones contra un banco.

No deja de ser curioso por demás que incluso la Corte Suprema emita fallos de tutela por cláusulas abusivas en sector bancario en aplicación de la Ley 1328 de 2009 como el fallo STC320-2014 del 24 de enero de 2014 (con Radicación 11001-02-03-000-2014-00020-00) entre otras que no se profundizaran por interesarnos más la jurisprudencia de Casación.

De manera paralela los aludos arbitrarios como es el Laudo Punto Celular Vs Comcel S. A. del 27 de febrero de 2007 de la Cámara de comercio de Bogotá considera que una cláusula abusiva es aquella que por lo general aparece establecida en contratos predispuestos y *“sin una explicación seria, proporción ni razonabilidad, establece ventajas, obligaciones o gravámenes*

injustificados para el adherente, todo ello en detrimento del principio de celebración y ejecución de buena fe y del normal y razonable equilibrio contractual.”

En el caso del Laudo de Adriana Calderón Vs Cafesalud del 15 de febrero de 2002 de la Cámara de Comercio de Bogotá se considera abusiva la cláusula que predispuesta por la parte fuerte lo privilegia inequitativamente en detrimento del adherente, lesionando así el normal equilibrio del contrato.

Algo similar se determinó en el laudo de Concelular en liquidación Vs Comcel del 1 de diciembre de 2006 en el que se entiende como abusiva la cláusula que produce una desproporción significativa e injustificada entre las obligaciones de las partes, desproporción que es contra la buena fe.

Como se observa en los laudos el factor común en que se basa el criterio general del test de abusividad está dado por el desequilibrio contractual y la violación a la buena fe. Haciendo referencia a que ellas pueden estar de manera indiferente en contratos de adhesión o negociados.

Cabe anotar que antes de la existencia de una normativa expresa sobre cláusulas abusivas tanto en Colombia como en Francia se dio una particularidad cual fue la de tratar de ubicar un criterio de control general que permitiera ejercer un test de abusividad a las cláusulas contractuales.

Es así como se solía recurrir a los criterios como:

- 1.- El **abuso del derecho** a fin de buscar el equilibrio de las prestaciones o una justicia contractual alterada por las cláusulas abusivas (Rengifo, 2004) pero se le critica porque resulta ser un criterio muy vago al carecer de un freno o de una directiva que

le brindara una orientación adecuada al juez (Cárdenas, 2007; Bricks, 1984)

2.- La teoría del **enriquecimiento sin causa**, pero como se consideró que la cláusula abusiva obedecía más a un tema moral, no se podría recurrir a la *actio in rem verso* por cuanto que lo que busca es corregir con esta última figura es un desequilibrio entre dos patrimonios y no en cambio entre dos prestaciones, que es lo que busca corregir el hecho que una cláusula sea considerada abusiva y por tanto ineficaz (Bricks, 1984).

3. De otra parte se sostuvo que se podría anular una cláusula abusiva bajo la **noción de causa**. Concepto que por su dualidad entre objetiva y subjetiva mostraría de manera imprecisa como una cláusula por la que se establezca una ventaja sin contra partida sería una ausencia de causa cuando en cambio parecería más bien una cláusula abusiva.

Por demás para analizar que una cláusula sea o no abusiva se deberá ver cada una de las causas, pero puede ocurrir que cada parte tenga una causa distinta, sin que ello se observe al momento de ver todas las cláusulas que permitan determinar si a cláusula sometida la test es equilibrada o no (Bricks, 1984). Sin embargo la noción de causa sigue siendo usada en especial desde 1996 en Francia para controlar las cláusulas abusivas sobre la obligación esencial del contrato (Gual, 2015) no obstante se ha considerado por la doctrina como algo desafortunado y confuso (Morales, 2014).

4. También se recurrió a la lesión, pero por ser referida a la desproporción de valor no a la de las prestaciones recíprocas a que hace referencia una cláusula abusiva por ello no sería aplicable (Bricks, 1984).

Sin embargo, se trata de parámetros que se han considerado de manera mayoritaria poco adaptas para resolver el problema (Bricks, 1984)

Conclusión

Se podría así concluir que desde el año 2001 tanto para la corte suprema como para los laudos arbitrales de la cámara de comercio de Bogotá los criterios para determinar si una cláusula es abusiva o no, dependerá de un parámetro general que equivale a su definición, el cual se basa en un test de abusividad que se fundamenta tanto en el principio de la buena fe como en el desequilibrio de tipo normativo pero con carácter de importante entre las obligaciones y deberes de las partes, en contra del sujeto o parte débil negocial, desequilibrio que por demás debe carecer de justificación alguna, pues si el desequilibrio es justificado entendiendo por esto que sea razonable o equilibrado, ello hará que pierda la esencia del desequilibrio.

El segundo criterio que será el de la categorización de las cláusulas, criterio que obedece a las listas, cuya finalidad es orientar al juez a fin de saber cuándo se podría estar ante una de ellas. Ahora si ese listado es gris hará presumir la abusividad de la cláusula que en ese listado aparezca, caso en el cual la parte fuerte podrán probar que la cláusula equilibrada y así en últimas desvirtuar la presunción. O en cambio sí se está ante un listado negro se presumirá de derecho por el hecho de aparecer en el listado que es abusiva y no admitirá prueba en contrario que la desvirtúe.

Finalmente se presenta una reflexión consistente en que si las cláusulas abusivas suelen aparecer en los contratos de manera escrita, clara y comprensible y como se puede deducir con acierto de las diferentes posiciones de la Corte Suprema de Justicia en la línea de sentencias que se han referenciado, el control se hace con base en el

principio de buena fe y equilibrio normativo, donde poco importa que se esté en presencia de contratos (B2C) o (B2b) e incluso de adhesión o negociados a efectos de ejercer el test de abusividad sobre el contenido de las cláusulas contractuales a fin de que evalúe si se está en presencia de una cláusula abusiva. Lo cual también es acorde a las últimas tendencias según las cuales el control de abusividad se aplica a todo contrato sea B2b o B2C, tal y como sucede en Alemania, Inglaterra, Austria, Holanda, Portugal, Bélgica (Albiez, 2009) y más de reciente esa tendencia es seguida en Francia con la ley de modernización de la economía del año 2015, e incluso en Italia con la particularidad de que además de que el test de abusividad se aplica a contratos de consumo (B2C) también se aplica a contratos entre profesionales (B2b) en contratos de sub-suministro. Esto sumado al hecho que en todos esos países Comunitarios el test de abusividad se aplica sin que importe de que sean cláusulas por adhesión o negociadas de conformidad con la directiva UE 83/2011 y con la Directiva UE 13/93 que da los parámetros generales y de listas con respecto al test de abusividad. E incluso donde los códigos tipo como los principios Lando (PDEC) y los Acquis acogen ambas amplias posiciones de control de abusividad en el sentido proponen su aplicación a todo contrato donde exista un débil contractual sea consumidor o empresario (solo PyME), con independencia de que las condiciones generales sean negociados o se hagan mediante una adhesión a diferencia del proyecto DCFR que aunque acoge el control de abusividad para contratos con débiles es decir donde hay una empresa de una parte y de la otra un consumidor o un empresario (PyME) lo limita a las cláusulas standard por adhesión.

Pues si bien es cierto que en Colombia tanto los criterios que determinan el test de abusividad, como son el general que se ejerce con base en la noción misma de cláusula abusiva, así como el específico que dependerá de la existencia de listas sean negras o grises. Aparecen en la ley para contratos de consumo celebrados por adhesión y que mediante a la jurisprudencia se extiende la posibilidad de controlar la abusividad con base en el principio de buena fe que además tiene rango constitucional y el equilibrio normativo de los contratos, a fin de mantener el ideal de justicia y equidad contractuales para contratos entre empresas donde hay un empresario débil.

Surgen una inquietud aplicable tanto a los países de la Unión Europea y Colombia referida al criterio del test de abusividad, pues resulta claro que las cláusulas que un empresario pretende proponer para ejercer una abusividad sobre un PyME no son las mismas que le propondrían a un consumidor, de ahí duda sobre el tipo de listas a aplicar o bajo qué criterios orientar un control específico.

La situación es tal que si las listas se dan es para consumo o se guarda silencio al respecto. La solución parecería ser dada por la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a una normativa común de compraventa europea del 11.10.2011, COM (2011) 635 final, 2011/0284 (COD) también llamado CESL, en la que se mantiene el control a las cláusulas abusivas para contratos sin negociación individual. En aquellos contratos del tipo B2C las cláusulas abusivas se controlarán bajo los criterios generales de transparencia, buena fe y equilibrio normativo y además se aplica el criterio específico de listas negras con 11 tipos de cláusulas abusivas y listas grises con 23 tipos

de cláusulas que podrían ser de manera presunta abusivas.

Mientras que si está en un contrato entre comerciantes del tipo (B2b) la abusividad de una cláusula la determinara de manera general del hecho de determinar si su aplicación resulta contraria a la buena fe o las buenas prácticas comerciales, además se establece que al momento de aplicar ese test de abusividad, se deberá tener en cuenta: a) La naturaleza de lo que se proporciona a través del contrato; b.- Las circunstancias concurrentes en el momento en que se celebró; c.- El resto de las cláusulas contractuales; y d.- Las cláusulas de cualquier otro contrato del cual dependa. Pero sin que se haya consagrado un criterio de listas.

Referencias bibliográficas

Doctrina

- Albiez, Klaus. (2009). *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*. Madrid: Civitas.
- Alpa, Guido. Voce. (1995). “*Consumatore (tutela del) II diritto civile*”. Enc Giur Trecanni. Vol. IX.
- Amato, Cristina. (2003). *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori*. Milan: Giuffrè.
- Benedetti, Alberto. (2012). Voce “*Contratto Asimetrico*”. Enc Dir. Giuffrè, analli.
- Bourgeois, Danie. (2002). *Les clauses abusives*, Paris, Vecchi.
- Bricks, Helene. (1982). *Les Clauses abusives*. Paris. LGDJ.
- Camiletti, Francesco. (2004). *Profili del problema dell equilibrio contrattuale*. Milán: Giuffrè.
- Cárdenas, Juan Pablo. (2007). “Justicia y abuso contractual” en *Los contratos en el derecho privado*, 693-720. Bogotá: Legis.
- Durand, Julio. (2007). *Tratado de derecho del consumidor en el Perú*. Lima: San Martin de Porres.
- Fin-Langer, Laurence. (2002). *L'equilibre contractuel*. París: LGDJ.
- Graziuso, Emilo. (2002). *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*. Milan: Giuffrè.
- Gual, José. (2015). *Cláusulas de irresponsabilidad entre asimetría, equilibrio y abusividad*. Bogotá. Católica.
- Gual, José – Villalba Juan Dir. (2013). *Derecho del Consumo*. Bogotá: Ibáñez.
- Gual, José. (2013). “Perspectivas globalizadas sobre el control de las cláusulas abusivas” en *Derecho del consumo. Problemáticas actuales*, dirigido por José Gual y Juan Villalba, 327-357. Bogotá: Ibáñez.
- Gual, José. (2009). “El control sobre las cláusulas abusivas un régimen en evolución”. *Revista Iusta*, 30: 15-44.
- Gual, José. (2012). *Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil*. Bogotá: Ibáñez.
- Hinestrosa, Fernando. (2015). *Tratado de las obligaciones II, de las fuentes de las obligaciones el negocio jurídico*. Bogotá. Externado.
- Lara, Rafael – Echaide Juan. (2006). *Consumo y Derecho*, Madrid, ESIC.
- Mazeaud, Denis. (1999). “Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?” en *Mélanges en hommage à François Terre*, 603-634. París: Dalloz.

- Morales, Margarita. (2009). La renovación del concepto de causa en el derecho francés, en *Revista de derecho privado*, núm. 16, p 169 a 186.
- Mouial Eva, (2015). “Le déséquilibre significatif”. *Jurisclasser Concurrence – Consommation*, fasc 730, París.
- Pérez Andrea, (2013). Cláusulas abusivas y su regulación a la luz de la Ley 1480 de 2011: ¿Compatibilidad o dicotomía? *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, Volumen XVI - Núm. 32 - Julio - diciembre (2013 - II) p. 159 a 174.
- Posada, Camilo. (2015). “Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano”. *Revista de derecho privado*, n. 29, julio-diciembre de 2015, Bogotá, pp. 141 a 182
- Prada, Yolima. (2010). “De las cláusulas abusivas” en *Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI. Derecho privado*, 309-341. Bogotá: Temis.
- Raymond, Guy- (2015). “*Clauses abusives*”. *Jurisclasser Concurrence – Consommation*, fasc 820, París.
- Rengifo, Ernesto. (2004). *Del abuso del Derecho al abuso de la posición dominante*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rodríguez Chávez, Reyler Yulfo. (2001). - La función económica de la contratación masiva, en *Revista Oficial del Poder Judicial*: Año 4 - 5, N° 6 y N.° 7 / 2010-2011, pág. 189 y ss.
- Rodríguez, Camilo- (2013). *Una aproximación a las cláusulas abusivas*. Bogotá: Legis.
- Roppo, Enzo. (1996). Voce “*Cláusole vessatorie (nuova normativa)*”. Enc Giur Treccani.
- Roppo, Vincenzo – Napolitano, Giulio. (1994) Voce “*Cláusole abusive*”. Enc Giur Treccani.
- Roppo, Vincenzo. (2011). “Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del Derecho contractual europeo”. *Revista de Derecho Privado*, núm. 20: 177-223.
- Roppo, Vincenzo. (2001). *Il contratto*. Milan: Giuffrè
- Ruiz Sutil, Carmen, (2015). El resurgimiento de los pactos limitativos en la contratación internacional: propuesta de una nueva regulación para América y Europa, en *Boletín mexicano de derecho comparado Bol. Mex. Der. Comp. vol.48 no.143 México may./ago*.
- Santos, Jorge. (1996). *Instituciones de responsabilidad civil*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Sauphanor -Brouilland, Natacha. (2014). “*Clauses abusives*”. Rep. Civ Dalloz, París.
- Serra Rodríguez, Adela. (2002). *Cláusulas abusivas en la contratación*. Navarra: Arazandi.
- Smorto, Guido. (2001). *Cláusole abusive e diritti dei consumatori Raffronti comparatistici*, Verona, Cedam.
- Suescún, Jorge. (2004). *Derecho privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial contemporáneo. Tomo II*. Bogotá: Legis.
- Tamayo, Javier. (2007). *Tratado de responsabilidad civil*. Tomo II. Bogotá: Legis.
- Zeno-Zencovich, Vincenzo. (2000). Voce “*Consumatore (tutela del) I diritto civile postilla di aggiornamento*”. Enc Giur Treccani. Vol. IX.

Zeno-Zencovich, Vincenzo. (1995). Voce “*Consumatore (tutela del) I diritto civile*”. Enc Giur Trecanni. Vol. IX.

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia - Sala Civil.

Sentencia SC 1806. Radicación 85001-3189-001-2000-00108-01. (M. P. Jesús Vall De Rutén Ruiz, 24 de febrero de 2015).

Sentencia 14 de diciembre de 2011 Exp. C-1100131030142001-01489-01 (M. P. Jaime Alberto Arrubla Paucar, catorce (14) de diciembre de dos mil once (2011)).

Sentencia 30 de agosto de 2011. Ref: 11001-3103-012-1999-01957-01(M. P. William Namén Vargas. Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil once (2011)).

Sentencia STC12625-2015, Exp. 7495, Radicación n.º 11001-02-03-000-2015-02084-00. (M. P. Ariel Salazar Ramírez, diecisiete (17) de septiembre de dos mil quince (2015)).

Sentencia 18 de julio de 2005 Exp. 2075 (M. P. William Namén Vargas, veinticuatro (24) de junio de dos mil nueve (2009)).

Sentencia, Exp. 6571. (M. P. Cesar Julio Valencia Copete, diecinueve (19) de febrero de dos mil tres (2003)).

Sentencia 6459. Expediente No. 6459 (M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles, treinta y uno (31) de octubre de dos mil dos (2002))

Sentencia 5670. (M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, de 2 de febrero de 2001.)

Sentencia 4798, Exp. 4798. (M. P. Ramírez Gómez, José Fernando, 27 de marzo de 1998).

Sentencia Exp. 3972. (M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, 19 de octubre de 1994)

Laudos arbitrales Cámara de Comercio de Bogotá

LA Punto Celular Vs. Comcel S. A., del 27 de febrero de 2007.

LA Concelular en liquidación Vs. Comcel S. A., del 1 de diciembre de 2006.

LA Herpaty Vs. Consesa, del 16 de diciembre de 2005.

LA Adriana Calderón Vs. Cafesalud, del 15 de febrero de 2002.

LA Aura Cristina Geithner Vs. Sonolux, del 13 de junio de 2001.

Normativa

CRC Resolución 3066 de 2011

CRC Resolución. 3038 de 2011

CNT Acuerdo 11 de 2006

Directiva UE 83/2011

Directiva UE 13/1993

Superintendencia Financiera de Colombia

SIF Circular externa 039 de 201, Referencia: Cláusulas y prácticas abusivas.

SIF Circular externa 007 de 1996, Circular Básica Jurídica.

SIF Circular externa 018 de 2016, De todas las gestiones realizadas para la recuperación de cartera y de la información que se suministró a los deudores.

SIF Circular Externa 029 de 2014, Circular Básica Jurídica.

Ley 1480 de 2011, Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 48.220 de 12 de octubre de 2011.

Ley de 1328 de 2009. Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras

disposiciones. Diario Oficial No. 47.411 de 15 de julio de 2009.

Ley 142 de 1994. Ley de Servicios Públicos. Diario Oficial 41.433 del 11 de julio de 1994.