



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

**Cláusulas Abusivas en los Contratos de
Consumo
(Artículos 42 y 43 de la Ley 1480 de 2011 o
Estatuto del Consumidor)**

Juan Felipe Criado-Castilla

**Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Maestría en Derecho
Bogotá, D.C.
2014**

**Cláusulas Abusivas en los Contratos de
Consumo
(Artículos 42 y 43 de la Ley 1480 de 2011 o
Estatuto del Consumidor)**

**Juan Felipe Criado-Castilla
Código: 06701456**

**Trabajo presentado como requisito para optar al título de:
Magister en Derecho**

**Director
Gamal Atshan**

**Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Maestría en Derecho
Bogotá, D.C.
2014**

Dedico este trabajo a mis padres, **Luis Antonio** y **Ana Rosa** (qepd).

A mi esposa, **María Cecilia**, y a mis hijos, **Juan Federico Andrés**
y **Juan Martín Lorenzo**.

Agradecimientos

Agradezco de manera especial al doctor **Gamal Atshan**, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, su colaboración en la confección y dirección del presente trabajo.

Resumen

El presente trabajo es un análisis descriptivo del sistema colombiano de control judicial de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión a condiciones generales celebrados con consumidores, según la Ley 1480 de 2011 o Estatuto del Consumidor. Se trata de definir las pautas o criterios conforme a los cuales una cláusula específica, establecida en tal clase de contratos, es considerada abusiva por el juez, y la estructura del juicio de abusividad mediante el cual se llega a dicha conclusión.

Palabras Clave: Contratación masiva. Estandarización contractual. Contratos de consumo. Derecho de consumo. Principio pro consumatore. Contratos de adhesión. Condiciones generales de contratación. Cláusulas abusivas. Juicio de abusividad. Cláusula general de abusividad. Prohibición general de abuso. Lista negra de cláusulas abusivas. Reglas especiales de interpretación del contrato. La regla de interpretación contra proferentem. La regla in dubio pro consumatore.

Abstract

The present work is a descriptive analysis of colombian judicial control system of abusive clauses in the adhesion contracts to generals conditions celebrated with consumers, according to the colombian consumer statute (Ley 1480 de 2011). It's about to define the guides or criterions according to which an specific clause, stablished in that kind of contracts, is considered abusive by the judge, and the structure of the abusivity judgement in which way it gets to that conclusion.

Key Words: Massive contracts. Contractual standarization. Consumer contracts. Consumer Law. Adhesion contracts. Generals conditions. Abusive clauses. Abusive test. Pro consumatore principle. General clause of abusivity. Blacklist of abusive clauses. General prohibition of abusivity. Contract's specials rules of interpretation. Interpretatio contra proferentem rule. In dubio pro consumatore rule.

Contenido

	Pág.
Resumen y Abstract	IX
Introducción general	1
1. Contrato de consumo	15
Parte primera.....	15
Concepto y clasificación de las cláusulas abusivas.....	15
Concepto.....	15
2. Regulación de cláusulas abusivas	25
Sistemas de regulación de cláusulas abusivas	25
Normas generales y concretas de abusividad.....	26
La indeterminación relativa de la lista de cláusulas abusivas.....	28
Validez prima facie y validez definitiva	30
Normas de abusividad prima facie	31
Normas de abusividad definitivas.....	33
3. Definición legal de cláusula abusiva	35
Cláusula abusiva según la Ley 1480 de 2011	35
Lista de cláusulas abusivas según la Ley 1480 de 2011	35
Sección 1	37
Antecedentes en el derecho comparado.....	37
Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios de España (TRLGDCU).....	37
Cláusula general de abusividad.....	37
Lista negra de cláusulas abusivas.....	38
Nulidad de cláusulas abusivas	38
Directiva 93/13/CEE	39
Lista de cláusulas abusivas.....	40
Sección 2.....	42
Antecedentes en el derecho colombiano.....	42

Ley 142 de 1994, sobre servicios públicos domiciliarios	42
Ley 1328 de 2009, sobre consumidor financiero	45
Ley 1341 de 2009, usuarios de servicios de comunicaciones.....	45
4. Concepto de cláusula abusiva.....	47
Concepto de cláusula abusiva	47
La cláusula abusiva como estipulación contractual.....	49
Estipulación negociada o predispuesta	49
Estipulación predispuesta	50
Desequilibrio contractual	51
1. Desequilibrio injustificado.....	52
2. Daño o perjuicio del consumidor	52
Valoración circunstanciada	53
5. Clasificación de las cláusulas abusivas.....	55
Criterios de clasificación	55
Criterios formales	55
Cláusulas abiertas y cerradas	55
Criterios materiales.....	56
1. Cláusulas que atribuyen al predisponente derechos y facultades de carácter exorbitante	56
2. Cláusulas que restringen los derechos y facultades del adherente	56
3. Cláusulas que imponen al adherente obligaciones o cargas exorbitantes.....	57
Supuestos materiales típicos de cláusulas abusivas	57
La exclusión o limitación de la responsabilidad del profesional	59
Liberación de responsabilidad por cesión del contrato a tercero.....	59
Renuncia y limitación de derechos	60
Las facultades exorbitantes de interpretación y modificación unilateral del contrato....	60
Vinculación incondicionada del consumidor	63
La retención de cantidades abonadas por renuncia.....	63
La privación o limitación de las facultades de compensación, retención y consignación	64
Condiciones dependientes de la voluntad del profesional	65
La facultad de rescisión discrecional	65
La facultad de decidir la corrección del cumplimiento	66
La privación de los derechos del consumidor frente al incumplimiento del profesional	67

La exclusión de la excepción de incumplimiento contractual.....	67
Limitación o exclusión de la facultad de resolver por incumplimiento el contrato	68
Declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios y declaraciones de adhesión a cláusulas	69
Los gastos de documentación o transmisión	70
Cláusulas arbitrales	70
Garantías desproporcionadas.....	71
Plazos excesivamente largos o insuficientemente determinados.....	72
Consignación de fechas meramente indicativas	73
El respeto de los compromisos de los mandatarios	74
La renuncia a la entrega del documento acreditativo de la operación	76
La transmisión de errores administrativos y de gestión.....	76
Bienes y servicios complementarios o accesorios	77
Incrementos de precio	77
El reenvío automático a procedimientos administrativos o judiciales de reclamación..	78
Pactos de sumisión expresa	78
Las cláusulas de elección de la ley aplicable	78
Indemnización desproporcionadamente alta.....	79
La supeditación de los compromisos propios al cumplimiento de formalidades	79
Cláusulas sorpresivas.....	80
Parte Segunda.....	83
Características de las cláusulas abusivas.....	83
Capítulo I	83
Predisposición de la cláusula abusiva.....	83
La predisposición (preparación unilateral).....	85
Imposición unilateral	86
Capítulo II	88
Desequilibrio injustificado	88
Parte Tercera.....	91
Control y efectos de las cláusulas abusivas	91
Capítulo I	91
Prohibición general de abuso	91
La indeterminación normativa de la prohibición general de abuso	93
Capítulo II	97

Juicio de abusividad.....	97
Concepto	97
Justificación.....	98
Objeto.....	101
La estructura del juicio de abusividad	106
La etapa discursiva del juicio de abusividad	110
La estructura de la etapa discursiva	111
Capítulo III	114
Valoración circunstanciada de la abusividad.....	114
Ponderación circunstanciada	114
El resultado de la ponderación.....	116
Elementos de la valoración circunstanciada.....	118
La naturaleza del bien o servicio objeto del contrato.....	118
Las circunstancias generales o particulares existentes en el momento de la celebración del contrato	119
Capítulo IV	120
Reglas especiales de interpretación	120
Elementos de la interpretación.....	122
La regla de la prevalencia	124
Interpretación de las condiciones generales	125
Prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales	125
Interpretatio contra proferentem.....	126
La regla de la condición más beneficiosa.....	127
La regla de la condición más importante.....	128
La regla de la interpretación más favorable para el adherente	128
Capítulo V	129
Intensidad del control.....	129
Intensidad del control	133
Test o escrutinio débil.....	134
Test o escrutinio estricto.....	135
Capítulo VII	137
Lista negra de cláusulas abusivas	137
Naturaleza de la lista	138
Cláusulas que inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor	145

Condiciones dependientes de la voluntad del profesional	148
Cláusulas arbitrales.....	152
Cláusulas que limitan o excluyen la facultad del consumidor de resolver el contrato por incumplimiento del profesional	155
Exclusión de la facultad resolutoria	156
Cláusulas que reservan a favor del profesional la facultad de interpretación y modificación del contrato.....	160
Reserva de facultades de modificación unilateral del contrato	162
Objeto de la modificación	163
Modificación de las prestaciones.....	163
Modificación de las circunstancias de la obligación o su modo de cumplimiento	165
Modificación del sujeto de la relación	165
Justificación de la reserva de la facultad de modificación unilateral del contrato	166
Suficiencia de las razones que fundamentan la modificación unilateral.....	167
Capítulo VII.....	172
Control de las cláusulas abusivas	172
Tipos de control.....	172
Control judicial de las cláusulas abusivas.....	172
Control judicial de cláusulas abusivas en los contratos de consumo	173
Competencia de las Superintendencias	174
Procedimiento	174
Control formal de incorporación de las condiciones generales	177
Control material de las condicione generales	180
La nulidad de los contratos de consumo	182
Principio de conservación del contrato	183
6. Conclusiones.....	185
Bibliografía	193

Introducción general

La concepción moderna de contrato

Para la concepción moderna, contrato es todo acuerdo de voluntades por medio del cual los interesados se obligan. Tal concepción se fundamenta, en primer lugar, en los principios de la economía liberal (básicamente en las leyes del mercado y en la libertad del individuo) y, en segundo término, en la idea de la igualdad sustancial de las partes contratantes. El contrato es obra común de las partes, quienes se encuentran en una situación de igualdad y en un mismo plano económico.¹ El instrumento tradicional para el intercambio de bienes y servicios es el contrato, concebido como acuerdo de voluntades, al que llegan libremente las partes situadas formalmente en un plano de igualdad.

El concepto de contrato encuentra su fundamento más profundo en el principio de autonomía privada, fundado, a su vez, en el concepto de persona y en la dignidad que corresponde a la misma. La autonomía privada supone el reconocimiento de un poder de autogobierno o de un poder de autorregulación, en virtud del cual cada persona define autónomamente, dentro de ciertos límites, sus propios fines e intereses, sus propias situaciones y relaciones jurídicas.²

Una concreción del principio de autonomía privada es la libertad contractual, que comprende la opción del individuo entre contratar y no contratar, la libre elección del otro contratante y del tipo contractual, la de configurar tipos contractuales distintos a los legales o de modificar o sustituir éstos por otros nuevos. El principio de libertad

¹ Díez-Picazo, Fundamentos del derecho civil patrimonial, Tomo I, Civitas, Madrid, 2010, pág. 137.

² Díez-Picazo, Fundamentos...ob. cit., pág. 143.

contractual contiene además la posibilidad de definir libremente el contenido de los contratos.³

La regla de la absoluta fidelidad a lo contratado (*pacta sunt servanda*), derivación necesaria del respeto absoluto a la autonomía privada y a la libertad contractual, fue cediendo, por fuerza de los hechos ocurridos durante las dos últimas centurias, a la imposibilidad absoluta sobrevenida como medio para liberarse de las obligaciones contractuales, seguida de la teoría francesa de la imprevisión (elaborada primero en los contratos administrativos), o de la teoría inglesa de la frustración del contrato, o de la cláusula *rebus sic stantibus* o base del negocio, que abrieron el camino para que, en caso de circunstancias extraordinarias e imprevisibles, que hacen excesivamente onerosas las obligaciones contractuales, el juez pueda liberar a los contratantes e, incluso, ordenar la revisión del contrato.⁴

El paradigma de tal sistema tradicional era el contrato por negociación, fruto de conversaciones y tratos preliminares que llevan finalmente al consentimiento de las partes.

Dicho modelo ideal de contrato se aviene perfectamente con transacciones económicas esporádicas, o con los negocios de empresarios con un modo de producción artesanal, o cuando se trata de prestaciones sumamente particularizadas, pero mal con la producción en masa de bienes y servicios, y con la dinámica propia del capitalismo avanzado, marcada por la reducción de costos y la maximización de beneficios, así como por la captación masiva de clientes mediante el marketing y la publicidad, que erosionan la idea tradicional del contrato por negociación.

Por razones de racionalización y organización empresarial, así como de reducción de costos, surge la necesidad de un contrato único o tipo, preestablecido por medio de formularios e impreso.⁵

³ Díez-Picazo, Fundamentos...ob. cit., pág. 155.

⁴ Díez-Picazo, Fundamentos...ob. cit., pág. 150.

⁵ La utilización de las condiciones generales permite el abaratamiento de los costos de comercialización, al evitar que quien produzca y distribuya en masa bienes y servicios tenga que acudir a la negociación individual del contenido de cada contrato, así como la adaptación de los tipos contractuales a las necesidades del comercio, para lo cual el derecho dispositivo muchas

Mediante dichos contratos las empresas imponen masivamente a sus clientes un clausulado previamente redactado, pudiendo éstos o rehusar dichas cláusulas o adherirse íntegramente a ellas.

Cuando se trata de bienes y servicios de imprescindible consumo (suministro de agua o de energía eléctrica, por ejemplo), la aceptación del contenido predispuesto resulta forzada por la necesidad de los bienes objeto de tales contratos.

La libertad y autonomía de la voluntad en este tipo de contratos se encuentra restringida, y el contrato en estos casos ya no es obra de la voluntad libre de las partes, sino de una sola de ellas (el predisponente), limitándose la otra a aceptar en bloque, o rechazar, las cláusulas impuestas.⁶

La reacción del ordenamiento jurídico frente a esta nueva realidad ha sido la protección de la parte más débil (el consumidor, especialmente), como exigencia elemental de justicia conmutativa, o bien como exigencia del propio sistema económico (mayor nivel de la producción, mejora de la calidad del producto, etc.).

Tal protección se concretiza en la regulación de los contratos de adhesión y de las condiciones generales, los contratos de consumo, así como en la expedición de estatutos

veces resulta insuficiente. En contrapartida, el empleo de condiciones generales supone el riesgo de abuso y de que el contenido del contrato sea únicamente el reflejo de los intereses negociales del predisponente. Al respecto, véase Pertíñez Vílchez, Francisco, Los contratos de adhesión, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Director), Tratado de Contratos, Tomo II, Valencia, 2011, pág. 1587.

⁶ La estandarización y automatización contractual dan lugar a los contratos de adhesión con un contenido preformulado en las denominadas condiciones generales, y a lo que puede denominarse relaciones contractuales de hecho o derivadas de una conducta social típica, en las que faltan las formas de expresión o de declaración de la voluntad contractual. Mediante tales comportamientos sociales, sin previa relación interpersonal y con la utilización de máquinas automáticas y mediante la ejecución de simples instrucciones de manejo, los interesados obtienen los bienes y servicios que requieren.

de protección de los consumidores en tanto adquirentes finales de bienes y servicios, así como en la regulación contratos especiales como los de trabajo y el arrendamiento de viviendas, principalmente.⁷

Principio pro consumatore

El principio pro consumatore constituye una limitación del dogma de la autonomía privada, como consecuencia de la irrupción del derecho del consumo en el ámbito de las obligaciones y contratos.

El ascenso de la legislación protectora de los consumidores es uno de los fenómenos más vistosos de los últimos años, cuya explicación se encuentra en la necesidad de proteger a quienes adquieren bienes y servicios en el mercado, ante la ineficacia de los mecanismos de protección previstos al efecto tanto en el derecho civil como en el mercantil, poco pensados para el tráfico en masa y la sociedad de consumo y la seducción de los consumidores mediante la publicidad.

Los mecanismos de actuación, integrados en leyes de protección de los consumidores, han sido la regulación de determinados sectores de la actividad económica (seguros, por ejemplo), especialmente en el campo de las condiciones generales, en la fase formativa del contrato, publicidad y derecho a la información, garantía por vicios y defectos, responsabilidad por los daños causados por los productos, etc.), o la concesión de medios de acceso más rápidos a los tribunales (acciones de grupo, legitimación de las asociaciones de consumidores) o de vías alternativas de arbitraje.

Dicha protección, por otra parte, puede ser preventiva (intervención administrativa en los contratos de adhesión), o de carácter penal para reprimir las transgresiones más graves.⁸

⁷ Díez-Picazo, Fundamentos...ob. cit., pág. 150.

⁸ En algunos países (España y Portugal, por ejemplo), el principio pro consumatore tiene rango constitucional.

El principio pro consumatore se concretiza en una serie de mecanismos contractuales de protección de los consumidores, que singularizan al derecho contractual de consumo respecto del derecho común de contratos (civil y comercial).

Puede decirse, incluso, que la insuficiencia de los mecanismos tradicionales del derecho común de contratos (aunque con matices importantes según se trate del derecho civil o comercial), es lo que explica la aparición de los mecanismos contractuales de protección y del propio derecho de consumo.

El derecho contractual de consumo es un derecho especial respecto del derecho común de los contratos, principalmente porque singulariza los remedios generales de aquél, o porque da respuesta a los problemas de formación y ejecución de los contratos de consumo ante la insuficiencia e imprevisión del derecho común de contratos.

Éste se funda, por una parte, en el principio de autonomía de la voluntad y en la igualdad abstracta de las partes entre sí. En contraste con ello, la posición de los consumidores en los contratos de consumo es materialmente desigual o asimétrica frente a los empresarios o profesionales, de modo que la protección de los derechos de aquéllos (art. 78 de la Constitución) sólo puede lograrse a través de una disciplina especial.

En segundo, lugar, el derecho común de los contratos es esencialmente dispositivo, en la medida en que fija las reglas de juego mínimas tanto de la formación como de la ejecución del contrato, lo que dificulta la satisfacción de los intereses de los consumidores, como quiera que el empresario dispondrá del derecho común de contratos en su propia ventaja, en razón de su poder de negociación.

El propósito principal del derecho de consumo en materia contractual es procurar la libertad y consciencia del consumidor (libre de engaños, coacciones, seducciones o errores y razonablemente consciente sobre las circunstancias que influyen en la decisión de contratar).⁹

⁹ García Vicente, José Ramón, *Contratación con consumidores*, págs. 1449 a 1451. A pesar de la especialidad de las normas del derecho contractual de consumo, el legislador, a través de normas de remisión como el inciso final del artículo 4º de la Ley 1480 de 2011, formula la coordinación y

Dentro de tales mecanismos, de muy variada naturaleza y alcance, se destacan los siguientes:

1. En primer lugar, la declaración del carácter imperativo de las normas de protección (art. 4º de la Ley 1480 de 2011), que singulariza, como seña de identidad, al derecho contractual de consumo respecto del derecho común de contratos, de carácter generalmente dispositivo.

2. En segundo lugar, como mecanismo prevalente de protección de los consumidores, se destacan los deberes de información (arts. 1º, num. 2; 3º, num. 1.3; 5º, num. 7; 23 a 28 (Título V); y 37, num. 1 de la Ley 1480 de 2011), aspecto en el que existe una mayor confluencia entre el derecho contractual de consumo y el derecho común de contratos (civil y comercial) y en donde las insuficiencias de éste justifican los remedios ideados por el primero.

3. El tercer mecanismo de protección de los consumidores, y que guarda una proximidad evidente con el anterior, es el relacionado con la integración contractual de las declaraciones publicitarias y la represión de la publicidad engañosa (arts. 3º, num. 1.4; 5º, nums. 12 y 13; 29 a 33 (Título VI) de la Ley 1480 de 2011).

4. Otro mecanismo de protección de uso generalizado y que disfruta de una posición preeminente en el derecho contractual de consumo, es el derecho de desistimiento o retracto (art. 47 de la Ley 1480 de 2011).

acomodación de aquéllas con el derecho común de los contratos (código de comercio y código civil). Los remedios especiales son compatibles con los del derecho común cuando se trata de un mismo supuesto de hecho, o al menos cuando existe identidad de sus circunstancias relevantes, o satisfagan un fin análogo. En defecto de norma expresa, la compatibilidad o no de los remedios debe resolverse a través de las siguientes reglas y principios: 1. No redundancia, que exige dotar de algún contenido a las normas especiales; 2. El principio de especialidad; 3. El principio de interpretación favorable al consumidor (inc. 3º del artículo 4º de la Ley 1480 de 2011), que, en caso de duda, obliga a adoptar la solución que suponga mayor tutela; 4. El principio de protección de los consumidores, que obliga a elegir, entre las interpretaciones posibles de una norma, aquella que conduzca a una posición más favorable para el consumidor.

5. También son mecanismos de protección del consumidor la responsabilidad contractual en sentido amplio, por el propósito que motiva a todo contratante de ver satisfecho su interés en el cumplimiento del contrato; la forma de éste, teniendo en cuenta que el derecho contractual de consumo es esencialmente formal, en el sentido de que impone, para la eficacia, validez u oponibilidad de los derechos y facultades que el contrato entraña, que se cumpla una determinada forma; la invalidez y la impugnación del contrato; la posibilidad de modificación del mismo y ciertas modalidades de contratación que se identifican por el modo de celebración de los contratos o las circunstancias en que se desarrolla la perfección o ejecución del mismo (contratos a distancia y contratos celebrados por fuera de los establecimientos mercantiles) [arts. 5º, num. 15 y 16; y 46 a 48 de la Ley 1480 de 2011].

Objeto de la investigación

Otro mecanismo contractual de protección, objeto del presente trabajo, lo constituye el control judicial sobre las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (arts. 3º, num. 1.6; 42, 43, 44; 56, num. 3; 57 y 58 de la Ley 1480 de 2011).

Tal control material tiene por objeto definir si una cláusula o condición es o no abusiva, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de la celebración del contrato (juicio de abusividad).

Este juicio circunstanciado de abusividad, a su vez, tiene como objeto definir la existencia, en perjuicio del consumidor, de un desequilibrio en el contenido normativo del contrato (es decir, en los derechos y obligaciones derivados del mismo), producido por la imposición unilateral de una cláusula o condición (etapa declarativa), así como la suficiencia de las razones que puedan justificar tal desequilibrio (etapa discursiva).

En la Ley 1480 de 2011, el control de las cláusulas abusivas (art. 3º, num. 1.6), se articula en torno a la prohibición general de abuso (art. 42) y una lista enunciativa y no exhaustiva de cláusulas presuntamente abusivas, prevista en el artículo 43.

La definición de cláusula abusiva, a su vez, se centra en el concepto de desequilibrio injustificado, definido por el juez mediante la ponderación circunstanciada de las condiciones particulares del contrato (juicio de abusividad).

Para concluir que una cláusula es abusiva, el juez deberá definir previamente, con arreglo a criterios objetivos de concretización (proporcionalidad, racionalidad o razonabilidad), los presupuestos de aplicación de las normas que establecen la prohibición general de abuso o la lista de cláusulas presuntamente abusivas.¹⁰

Por la manera como está estructurado legalmente el concepto de cláusula abusiva, puede concluirse que la prohibición general de abuso no proscribire de manera definitiva cualquier desequilibrio de los derechos y obligaciones del contrato, sino aquel desequilibrio que sea además injustificado, es decir, carente de razones que de manera suficiente lo justifiquen, atendiendo las condiciones particulares del contrato.

En otras palabras, para definir si una cláusula es o no abusiva, el juez, mediante un proceso de ponderación circunstanciada o juicio de abusividad, deberá sopesar las razones que juegan a favor y en contra de considerar una situación concreta como un desequilibrio injustificado del contrato, teniendo en cuenta las condiciones particulares del mismo.

Para que una cláusula sea considerada abusiva se requiere, no sólo que la misma comporte un desequilibrio del contenido jurídico del contrato, sino que tal desequilibrio sea además injustificado, para definir lo cual no es útil cualquier motivo, sino aquellas razones que sean suficientes de acuerdo a un modelo de conducta social considerado como paradigmático.

¹⁰ Deberá, por ejemplo, establecer la existencia de un desequilibrio injustificado del contrato en perjuicio del consumidor, pero como el artículo 42 de la Ley 1480 de 2011 no establece una prohibición absoluta o definitiva de abuso, sino una prohibición relativa o prima facie, el juez, con apego a criterios objetivos de concretización normativa, deberá definir previamente, esto es, antes de decidir si una cláusula es o no abusiva, cuándo una situación concreta puede ser considerada como un desequilibrio y cuándo, además, tal desequilibrio puede ser calificado como injustificado.

El problema metodológico que plantea la aplicación judicial de las normas sobre abusividad es precisamente que la fijación del plan de ordenación previsto por el legislador (en este caso, del concepto de desequilibrio injustificado), por la especificidad de los casos en conflicto y la variabilidad de criterios a utilizar, supone el riesgo de incertidumbre y arbitrariedad del juzgador.

La tesis principal del presente trabajo es que los presupuestos de aplicación de la prohibición general de abuso y de la lista de cláusulas presuntamente abusivas, determinan la estructura del juicio de abusividad y de cada una de sus etapas declarativa y discursiva.

Cuando se define si la cláusula de un contrato es o no abusiva, el juez deberá establecer, previa y cumulativamente, los siguientes requisitos:

1. Si la cláusula produce, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio en el contenido jurídico del contrato. Antes, incluso, tendrá que definir qué se entiende por desequilibrio, pues la ley colombiana, a diferencia de la española, no suministra ninguna cualificación adicional que permita precisar tal concepto; y
2. Si ponderadas las razones que juegan a favor o en contra, las mismas son suficientes para justificar tal desequilibrio pues sólo las cláusulas que produzcan un desequilibrio injustificado en el contenido normativo del contrato merecen ser calificadas como abusivas.

Sólo en éste caso podrá el juez declarar la nulidad de la cláusula en examen y, eventualmente, ordenar la reparación de los daños que tal desequilibrio haya causado en perjuicio del consumidor.

Por otra parte, como quiera que la regulación legal de la abusividad se articula en torno a la prohibición general de abuso y la lista de cláusulas presuntamente abusivas, es posible configurar varios modelos de juicio de abusividad y una intensidad diferenciada del control judicial de contenido, según se trate de supuestos que se subsuman o no en la lista del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011.

Estas distintas versiones del juicio de abusividad pueden ser reconducidas a dos sistemas básicos, dentro de los cuales puede incluso identificarse un modelo combinado o intermedio:

1. El modelo de juicio de abusividad para la aplicación de la prohibición general de abuso del artículo 42 de la Ley 1480 de 2011, que comprendería todos aquellos supuestos que no se subsumen en la lista de cláusulas presunta o prima facie abusivas; y
2. El modelo de juicio de abusividad para la aplicación de la lista enunciativa y no exhaustiva de cláusulas presunta o prima facie abusivas del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011.

Ambos modelos se distinguirían por la intensidad diferenciada del control material de abusividad (test estricto, intermedio o débil), así como en las reglas sobre carga de la prueba y de argumentación que cada uno de ellos supone.

El test o escrutinio débil se aplicaría a los casos de aplicación directa de la prohibición general de abuso, es decir, aquellos eventos que no se subsumen dentro de los supuestos de la lista de cláusulas presunta o prima facie abusivas y en los que no haya un motivo o razón para “sospechar” de la buena fe del predisponente.

Mediante escrutinio estricto, por su parte, se enjuiciarían aquellos supuestos presunta o prima facie abusivos incluidos en la lista del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011, precisamente por ser los casos más frecuentes de cláusulas o condiciones abusivas según la práctica contractual y sobre los cuales recae la sospecha de abusividad (limitación o exención de responsabilidad del predisponente, restricción de derechos del consumidor, etc.).

Por lo mismo, la aplicación del escrutinio estricto es la excepción, pues debe presumirse siempre la buena fe del predisponente, a menos que haya una razón suficiente para presumir lo contrario, como sucede precisamente en los supuestos previstos en la lista del artículo 43 de la ley.

Igualmente, la aplicación de este escrutinio supone una inversión de la carga de la prueba y de la argumentación: mientras el predisponente no aduzca y fundamente suficientemente que la cláusula o condición por él impuesta no produce, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio injustificado en el contenido del contrato, la cláusula o condición deberá considerarse abusiva.

Plan de exposición

A partir de la definición legal del artículo 42 de la Ley 1480 de 2011 y de sus antecedentes en el derecho comparado y colombiano (Caps. 3, 4 y 5), en el presente trabajo se ensaya una definición de cláusula abusiva (Cap. 4), estructurada en torno a tres elementos básicos:

1. La predisposición e imposición unilateral de la cláusula o condición (Cap. 3), como quiera que la Ley 1480 de 2011, a pesar de no distinguir en su definición entre cláusulas negociadas o predispuestas, como sí lo hace la ley española de la materia, limita el control judicial de las cláusulas abusivas a los contratos de adhesión (art. 3º, num. 1.6) y dentro de éstos establece normas especiales de incorporación e interpretación para los contratos a condiciones generales (arts. 34 y 37);
2. El concepto de desequilibrio injustificado (Cap. 4);
3. El juicio circunstanciado de abusividad, sus distintas etapas y elementos (Cap. 4).

La parte principal de la investigación se centra precisamente en el juicio de abusividad y su relación con los presupuestos de aplicación de la prohibición general de abuso y la lista de cláusulas presuntamente abusivas, así como con las reglas especiales de interpretación de las condiciones generales de los contratos de adhesión (Cap. 3) y la intensidad diferenciada del control material de abusividad de los supuestos considerados prima facie abusivos de la lista del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011 (Cap. 4).

Antes se hace un análisis de la estructura jurídica de la prohibición general de abuso del artículo 42 (Cap. 2) y de la lista enunciativa y no exhaustiva de cláusulas presuntamente

abusivas del artículo 43 (Cap. 3), así como de la relación existente entre ambas disposiciones.

Para ambientar el contexto en el que se produce el control material de las cláusulas abusivas de los contratos de adhesión, en la introducción general se hace un repaso del concepto moderno de contrato y de la evolución que dicho concepto ha experimentado a raíz de los procesos de masificación y estandarización contractual nacidos de la irrupción del consumismo y de la necesidad de proteger al consumidor como parte débil de la relación contractual frente al empresario o profesional (Cap. 1), así como de los contratos de consumo, su definición y clases, en especial de los contratos por adhesión a condiciones generales (Cap. 2).

Precisión metodológica

En el presente trabajo se describe el sistema colombiano de control judicial sobre las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión celebrados con consumidores, bien se trate de condiciones particulares o generales de contratación, según lo previsto en la Ley 1480 de 2011.

De acuerdo con lo anterior, es necesario hacer las siguientes precisiones de carácter metodológico:

1. Se trata de un trabajo de carácter esencialmente descriptivo del modelo colombiano de control judicial sobre las cláusulas abusivas en los contratos de consumo, si bien en el mismo se entrevé una propuesta novedosa de juicio de abusividad estructurado a partir de los presupuestos de aplicación de la prohibición general de abuso y de la lista de cláusulas presuntamente abusivas.

Igualmente en el trabajo se plantean varios modelos de juicio de abusividad y una intensidad diferenciada del control judicial de contenido, según se trate de supuestos que se subsuman o no en la lista del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011:

1. El modelo de juicio de abusividad para la aplicación de la prohibición general de abuso del artículo 42 de la Ley 1480 de 2011, que comprendería todos aquellos supuestos que no se subsumen en la lista de cláusulas presunta o prima facie abusivas; y

2. El modelo de juicio de abusividad para la aplicación de la lista enunciativa y no exhaustiva de cláusulas presunta o prima facie abusivas del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011.

Ambos modelos se distinguirían por la intensidad diferenciada del control material de abusividad (test estricto, intermedio o débil), así como en las reglas sobre carga de la prueba y de argumentación que cada uno de ellos supone;

2. No se trata de un análisis de derecho comparado, sino del sistema colombiano de control material sobre las cláusulas abusivas en los contratos de consumo, si bien se hacen algunas referencias al derecho extranjero, especialmente español, como quiera que éste sirvió de modelo principal en la elaboración del estatuto colombiano del consumidor;

3. Si bien el fenómeno de la abusividad es común a todos los contratos privados (civiles o comerciales), se trata exclusivamente en este trabajo del análisis del sistema de control judicial de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo;

4. Por otra parte, si bien la definición legal no limita el concepto de cláusula abusiva a las estipulaciones no negociadas del contrato, como sí lo hace la ley española de la materia, el control material de abusividad y la protección contractual que supone el mismo, recae exclusivamente sobre los contratos de adhesión (art. 3º, num. 1.6), sea a condiciones particulares o generales; y

5. Finalmente, salvo esporádicas alusiones a la jurisprudencia judicial o arbitral, dada la reciente expedición del estatuto y los escasos precedentes jurisprudenciales en materia de contratos de consumo, el análisis que se hace en el presente trabajo recae básicamente sobre la regulación legal del control de cláusulas abusivas contenido en la Ley 1480 de 2011.

En síntesis, se trata de un análisis descriptivo del sistema colombiano de control judicial de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión celebrados con consumidores, a condiciones particulares o generales, según la Ley 1480 de 2011 o Estatuto del Consumidor.

1. Contrato de consumo

Parte primera

Concepto y clasificación de las cláusulas abusivas

Concepto

Desde un punto de vista subjetivo, son contratos de consumo los celebrados entre los consumidores, por una parte, y los empresarios y profesionales, por otra.¹¹

El numeral 3 del artículo 5º de la Ley 1480 de 2011 delimita la noción de consumidor o usuario a través de los siguientes rasgos: toda persona, natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza, para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica.

La actuación con un propósito ajeno a la actividad empresarial o profesional, es un concepto que va más allá de la simple consideración de consumidor como destinatario final y que permite incluir dentro de tal categoría a ciertas personas que no son consumidores en sentido material por haber adquirido bienes y servicios para el consumo de otros (beneficencia, familiares, etc.).

¹¹ García Vicente, José Ramón, La contratación con consumidores, págs.1452 y 1453. El derecho contractual de consumo encuentra en la delimitación subjetiva su principal señal de identidad, pues es un derecho especial en la medida que regula las relaciones contractuales entre los consumidores y los empresarios o profesionales. Desde el punto de vista objetivo, el derecho contractual de consumo regula cierto tipo de relaciones contractuales.

Es decir, consumidor no es sólo quien consume materialmente un bien o servicio, sino también quien lo saca del mercado, poniendo fin a su *iter economicus* para introducirlo en un ámbito de consumo personal, familiar o doméstico.

El concepto de consumidor como persona que actúa con un propósito ajeno a su actividad empresarial, excluye la posibilidad de extender el control de contenido de las cláusulas abusivas a las hipótesis de consumo empresarial, pues si un empresario adquiere bienes y servicios para utilizarlos en un proceso de producción y distribución, aunque sea indirectamente, no está actuando con un propósito ajeno a su actividad empresarial.

Actúa con un propósito ajeno a su actividad empresarial quien contrata bienes o servicios sin incorporarlos directa o indirectamente en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros.¹²

De acuerdo con lo anterior, pueden ser consumidores las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, a pesar de que los sujetos naturales de protección del estatuto de los consumidores sean las personas físicas nacionales.¹³

En segundo lugar, es indiferente la naturaleza de los bienes o productos concernidos (“cualquiera que sea su naturaleza”, dice la Ley 1480 de 2011), como de la relación misma, sea contractual o extracontractual, o de la contraparte, sea ésta pública o privada.

En tercer término, como elemento determinante de la noción de consumidor señala la ley la desvinculación de la actividad económica (empresarial o profesional).

¹² Pertíñez Vilchez, Francisco, *Contratos de adhesión*, ob. cit., pág. 1631.

¹³ Como sujetos que se encuentran en una situación de inferioridad o debilidad negocial semejante a la que ocupan los consumidores en sentido estricto, destinatarios normales de las normas tuitivas de la Ley 1480 de 2011, se encuentran los propios empresarios o profesionales bajo ciertas condiciones: empresarios o profesionales débiles, es decir, aquellos que aunque integren los bienes o servicios en su propia actividad negocial, no gozan materialmente de una situación de igualdad frente a su contraparte.

La adquisición, disfrute o utilización de los productos que realiza el consumidor ha de ser para satisfacer necesidades personales o familiares, sin integrar tales bienes o servicios en ningún proceso ulterior de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

En otros términos, su destino no puede ser directamente la actividad profesional o empresarial del consumidor.

Por su parte, profesional o empresario es cualquier sujeto que actúe en el tráfico con un propósito comercial organizado, con independencia de su condición pública o privada.¹⁴

Según el numeral 9 del artículo 5º de la Ley 1480 de 2011, productor es quien de manera habitual, directa o indirectamente, diseñe, produzca, fabrique, ensamble o importe productos.

Proveedor o expendedor, por su parte, es quien de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos, con o sin ánimo de lucro (num. 11).

Por lo general se recurre a éstos rasgos de actuación habitual o no ocasional, comunes en el derecho mercantil, para caracterizar al empresario o profesional.

Clases

Al igual que los contratos civiles o comerciales, los de consumo pueden ser contratos negociados o contratos de adhesión, que son la regla general.¹⁵

¹⁴ García Vicente, José Ramón, La contratación con consumidores, 1454.

¹⁵ La expresión “contrato de adhesión” fue acuñada por Raimond Saleilles a principios del siglo XX y se designa con ella aquellos supuestos en los cuales una de las partes, generalmente un empresario mercantil o industrial que celebra contratos en masa, prefija el contenido de los

Estos, a su vez, pueden ser a condiciones generales, si su contenido es predispuesto para ser aplicado a un número plural de contratos, o a condiciones particulares en el caso contrario.

Los contratos de adhesión a condiciones generales constituye la principal categoría de contratos de consumo, no sólo por su frecuencia en el tráfico sino también por su gran importancia económica.

Contratos de adhesión

Frente a los contratos por negociación, es decir, aquellos en que las partes debaten o discuten el contenido del contrato, se encuentran los contratos por adhesión en los que existe una previa predisposición unilateral de tal contenido, plasmado en formularios, impresos o pólizas y en los que al adherente sólo le es permitido declarar su aceptación o su rechazo.¹⁶

Los contratos por negociación, prototípico de los contratos civiles, son aquellos en que las partes están en la posibilidad de debatir o discutir su contenido. Los contratos por adhesión, por el contrario, son aquellos en que una de las partes define unilateralmente el contenido del contrato, permitiéndosele a la otra tan solo aceptar o rechazar en bloque dicho contenido.¹⁷

De acuerdo con el numeral 4 del artículo 5º de la Ley 1480 de 2011, contrato de adhesión es aquel en que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas.

mismos en modelos y formularios, que impone a la otra parte, quien simplemente lo acepta o lo rechaza sin posibilidad de discusión alguna. Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, Sistema de Derecho Civil, Volumen II, Tecnos, Madrid, 2009, pág. 73.

¹⁶ Castán Tobeñas, José, Derecho civil español (común y foral), pág. 579.

¹⁷ Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, Sistema de Derecho civil, Volumen 2, Tomo I, Madrid, Tecnos, 2012 (10 edición), pág. 28.

La misma ley establece un mecanismo de protección judicial contra las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (num. 1.6 del art. 3º), que puede hacerse efectivo ante las Superintendencias Financiera o de Industria y Comercio, según el caso, mediante el ejercicio de la acción prevista en el numeral 3 del artículo 56.

Tales procesos, que se tramitan según el procedimiento verbal sumario (art. 57), suponen un control material o de contenido sobre las cláusulas o condiciones de los contratos de adhesión, como quiera que se trata de definir si las mismas son o no abusivas, de acuerdo con la valoración circunstanciada que se haga de todas las condiciones particulares del contrato (arts. 42 y 43).

Contratos de adhesión a condiciones generales

En la economía moderna, la contratación masiva se desarrolla a través de condiciones generales, esto es, de reglas preestablecidas por una empresa e impuestas unilateralmente a sus clientes al celebrar cada uno de los contratos de que se trate, sin posibilidad alguna de discusión o de modificación.

Tales condiciones cumplen una función económica plausible, pues mediante la uniformación del contenido contractual es posible una racionalización de las operaciones comerciales y la reducción de los costos de negociación entre las partes.¹⁸

La regulación diferenciada de las condiciones generales de contratación se explica, precisamente, por la precariedad de los requisitos formales de incorporación como fuente de legitimación negocial distinta a la de los contratos negociados, basada en el consentimiento.

La contratación estandarizada, en efecto, supone una quiebra del principio de autonomía de las partes, sobre la que descansa la teoría general de los contratos y en especial del principio *pacta sunt servanda*, en virtud del cual los individuos, con plena libertad y

¹⁸ Alfaro Águila-Real, Jesús, en Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de Contratación, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Menéndez Menéndez, Aurelio (directores), Alfaro Águila-Real, Jesús (coordinador), págs. 97 a 103.

conocimiento, arbitran sus propios intereses, por lo que al derecho no le es dado intervenir en la regulación contractual que libre y conscientemente han querido las partes.

Las situaciones de desigualdad motivadas por la ignorancia, la inexperiencia o la necesidad económica de una de las partes frente a la otra, eran para el legislador decimonónico, salvo los vicios del consentimiento o la falta de capacidad, desigualdades excepcionales, nunca estructurales del sistema de los contratos, fundado en el principio de la autonomía de la voluntad.

El empleo de condiciones generales de contratación, que no son producto de la voluntad de las dos partes, sino únicamente del predisponente, parte de un desequilibrio contractual estructural producido por esta forma de contratación, pues una vez se ha adoptado la decisión de celebrar un contrato con condiciones generales, por fuera del precio y su relación con el bien o servicio, el adherente no elige libremente la reglamentación que hace parte de su contenido, pues esta es una potestad exclusiva del predisponente.

De esta manera, el legislador reconoce que la obligatoriedad de las condiciones generales no es fruto del acuerdo de las partes, como ocurre en los contratos negociados, sino de su imposición unilateral por el predisponente y que los requisitos formales de incorporación suponen una fuente de legitimación negocial distinta del consentimiento.

Control formal y material de las condiciones generales

Tales requisitos de incorporación sujetan la validez de las condiciones generales al cumplimiento de exigencias formales que actúan como garantía de unos niveles mínimos de transparencia (conocimiento y aceptación expresa) y de un contenido equilibrado que sea reflejo de los intereses de ambas partes en el contrato.¹⁹

¹⁹ Pertíñez Vílchez, Francisco, Contratos de adhesión, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Director), Contratos mercantiles, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, Tomo III, págs. 1586 y 1587.

La contratación mediante cláusulas preestablecidas a modo de condiciones generales reafirma la posición de desigualdad en que se encuentra el adherente, normalmente un consumidor, cuyos derechos se ven recortados y sus obligaciones aumentadas, en contraste con los derechos y obligaciones de la parte predisponente.

De lo anterior se desprende que aunque esta modalidad de contratación sea económicamente conveniente y que, por tanto, no se justifique su prohibición incondicionada, requiere, sin embargo, de un control riguroso que impida las situaciones de abuso y que garantice el respeto de los derechos de la parte débil.

Tal garantía se traduce en la prohibición de condiciones generales abusivas, en el principio de la interpretación contra stipulatorem o de la interpretatio contra proferentem, en los requisitos especiales de incorporación, como la inclusión de las condiciones generales en el texto del contrato, en la garantía de aceptación expresa de las cláusulas que supongan limitaciones de los derechos del adherente y la vigilancia especial de la administración pública sobre determinadas condiciones generales (seguros, por ejemplo), el control judicial del contenido de las condiciones generales y la nulidad de las cláusulas consideradas abusivas.²⁰

Para el caso de las condiciones generales de los contratos de adhesión, además del control material o de contenido previsto por la ley para definir la abusividad de aquellas, el artículo 37 de la Ley 1480 de 2011 estableció además un control formal o de incorporación, relacionado con los requisitos que en materia de información, idioma, redacción y legibilidad deben cumplir tales condiciones generales so pena de ser ineficaces y tenerse por no escritas.²¹

²⁰ Díez-Picazo y Ponce de León, Luis, Fundamentos de Derecho civil patrimonial, Tomo I, Introducción-Teoría del contrato, 6ª edición, 1996, Civitas, Madrid, 1996, reimpresión, 2011, pág. 437.

²¹ La nulidad de las condiciones generales en caso de abusividad es diferente de la declaración de no incorporación, que tiene por objeto proscribir del contrato aquellas condiciones generales incorporadas de manera ilegal, o incorporadas en contravención de los requisitos señalados en el artículo 37 de la Ley 1480 de 2011. Los efectos de la nulidad y de la declaratoria de no

Con ese mismo efecto, el artículo 38 de la Ley 1480 de 2011 prohíbe la inclusión en los contratos de adhesión de cláusulas que permitan al productor o proveedor modificar unilateralmente el contrato o sustraerse de sus obligaciones.²²

De esta manera, para compatibilizar las ventajas del empleo de las condiciones generales con los riesgos de un contenido contractual desequilibrado, el legislador combinó la regulación de las condiciones generales, su empleo y los requisitos de incorporación al contenido del contrato (art. 37), con un régimen de garantías de los derechos de los consumidores y usuarios, especialmente dirigido a su protección frente a cláusulas abusivas (num. 1.6 del art. 3º).

Por una parte, se otorga al empresario o profesional predisponente la facultad de integrar unilateralmente el contenido del contrato (es decir, sin el consentimiento del consumidor o usuario adherente), mediante el empleo de condiciones generales que quedan integradas una vez superan los requisitos formales de incorporación.

incorporación son parciales, lo que quiere decir que no producen la ineficacia total del contrato si éste puede subsistir sin tales cláusulas, y que aquella parte del contrato no afectada por la nulidad se debe integrar de acuerdo con las normas generales (inc. final del art. 44 de la Ley 1480 de 2011).

²² Por otra parte, cuando se celebren contratos de adhesión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1480 de 2011, el productor o proveedor está obligado a la entrega de constancia escrita y términos de la operación al consumidor, a más tardar dentro de los tres (3) días siguientes a la solicitud. El productor deberá dejar constancia de la aceptación del adherente a las condiciones generales. Según el artículo 40 de la misma ley, el hecho de que algunas cláusulas de un contrato hayan sido negociadas, no obsta para la aplicación de lo previsto en la ley sobre condiciones generales y contratos de adhesión. Por último, el artículo 34 ordena que las condiciones generales de los contratos serán interpretadas de la manera más favorable al consumidor. En caso de duda, prevalecerán las cláusulas más favorables al consumidor sobre aquellas que no lo sean.

En contrapartida a este poder de predisposición y al riesgo de una incorporación no equilibrada de las condiciones de contratación, se establece un control judicial del contenido normativo de los contratos o juicio de abusividad (arts. 56, num.3, y 57), en virtud del cual son nulas las cláusulas o condiciones de los mismos que, en perjuicio del consumidor, produzcan un desequilibrio injustificado de los derechos y obligaciones derivados del contrato.²³

²³ Pertíñez Vílchez, Francisco, Contratos de adhesión, ob. cit., pág. 1586.

2.Regulación de cláusulas abusivas

Sistemas de regulación de cláusulas abusivas

En el derecho comparado existen dos sistemas básicos de regulación de las cláusulas abusivas: uno en el que el legislador delimita claramente el supuesto de hecho de la norma, bastando al juez su comprobación procesal para presumir la existencia de un acto abusivo. Dicho sistema se relaciona estrechamente con los conceptos de lista negra de cláusulas abusivas, cláusulas-reglas o cláusulas abusivas concretas. El ejemplo paradigmático al respecto lo constituye la regulación italiana de la materia.

El segundo sistema, predominante en España y Alemania, se relaciona más con los conceptos de lista gris, cláusulas-principios, prohibición general de abuso y cláusulas abusivas generales. El legislador enuncia de manera general y abstracta el supuesto de hecho de la norma [“desequilibrio contractual importante” (España), “desequilibrio injustificado” (Colombia), “limitación desproporcionada de derechos derivados del contrato” (Alemania)], dejando al juez, con la ayuda de variados criterios metodológicos (proporcionalidad, racionalidad o razonabilidad), la misión de especificar la abusividad de una determina cláusula teniendo en cuenta las particularidades del contrato.

Con esta fórmula “abierta y necesitada de concretización”, el legislador busca dar cabida a una multiplicidad de hipótesis que se irían precisando a través de la práctica judicial.

El supuesto de hecho de la prohibición general de abuso (art. 42 de la Ley 1480 de 2011), por ejemplo, centrado en el concepto de desequilibrio injustificado, suministra al juez sólo una directriz para la búsqueda de la norma de decisión de un caso concreto, lo que requiere que los elementos de dicho supuesto se interpreten flexiblemente de

manera que permita la acomodación de las diversas situaciones concretas a la fórmula general prevista por el legislador.²⁴

En la práctica, la mayoría de los países han optado por una solución combinada de su régimen de control de las cláusulas abusivas, pues al lado de la prohibición general de abuso, estructurada, a su vez, sobre conceptos como desequilibrio importante (España), o desequilibrio injustificado (Colombia), coexisten fórmulas intermedias, cláusulas abusivas generales y cláusulas abusivas concretas (listas grises y negras de cláusulas abusivas).

Normas generales y concretas de abusividad

En conexión con los sistemas generales de regulación de las cláusulas abusivas, las normas sobre abusividad se dividen en generales y concretas según su grado de indeterminación normativa.

En el derecho contractual de consumo, el máximo grado de indeterminación normativa lo ostenta la prohibición general de abuso (art. 42 de la Ley 1480 de 2011)²⁵, pasando por la lista más o menos indeterminadas de cláusulas presuntamente abusivas, gris o negra según el caso (art. 43), hasta llegar, como veremos más adelante, a las normas particulares de decisión deducidas por el juez como resultado del proceso de concretización que supone el juicio de abusividad, que son las normas con el más alto grado de precisión y determinación normativa.

La indeterminación normativa de la prohibición general de abuso

²⁴ Pertíñez Vílchez, Francisco, Los contratos de adhesión, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Director), Tratado de Contratos, Tomo II, Valencia, 2011, pág. 1587).

²⁵ La prohibición general de abuso del artículo 42 de la Ley 1480 de 2011, corresponde a la “cláusula general de abusividad” del artículo 82 del TRLGDCU (España).

El legislador colombiano, siguiendo al español y al comunitario europeo, estableció una norma general (la prohibición de abuso del artículo 42 de la Ley 1480 de 2011), que define a las cláusulas abusivas en torno a un concepto genérico e indeterminado: el desequilibrio injustificado del contenido normativo del contrato, cuya definición exige la valoración circunstanciada de todas las condiciones particulares del contrato (juicio de abusividad).

Con esta fórmula abierta se busca dar cabida en el supuesto de hecho a una multiplicidad de hipótesis o de enunciados normativos que se irían precisando a través de la práctica judicial.

Tal supuesto de hecho proporciona al juez sólo una directriz para la búsqueda de una norma de decisión, lo que excluye que su elemento principal (el concepto de desequilibrio injustificado) sea interpretado de manera rígida, sino que, al contrario, deba entenderse de manera flexible como instrumento que permite al juez la formulación de las diferentes normas de decisión en que se iría concretando la cláusula general.

En otras palabras, deliberadamente el legislador colombiano ha enunciado de manera abierta e indeterminada el concepto de desequilibrio injustificado como elemento característico de la prohibición general de abuso, conforme al cual el juzgador tendrá i que valorar el carácter abusivo de una cláusula o condición concreta.

Ahora bien, según lo dispuesto en el mismo artículo 42 de la Ley 1480 de 2011, el carácter abusivo de una cláusula o condición se aprecia teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes al momento de su celebración, así como las demás cláusulas del contrato en examen o de los otros del que éste dependa, lo que permite ajustar el control de contenido que supone el juicio de abusividad a las circunstancias de cada caso concreto.²⁶

²⁶ Pertíñez Vélchez, Contratos de adhesión, ob.cit., págs. 1635 y 1636

De acuerdo con una interpretación que reconoce efectividad a todos los elementos del supuesto de hecho, tanto el desequilibrio injustificado en el contenido normativo del contrato, como la necesidad de una valoración circunstanciada de todas las condiciones particulares del mismo, se deben entender como dos requisitos independientes y cumulativos para calificar una cláusula o una condición como abusiva.

Esto implica que el desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, o la mera contrariedad al derecho dispositivo, no valdrá por sí sólo para calificar una cláusula o una condición como abusiva, si al mismo tiempo no va acompañado de la falta de justificación (desequilibrio injustificado), pues una cláusula puede producir, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio en el contenido normativo y no ser, pese a ello, abusiva por estar plenamente justificado según las condiciones particulares del contrato.²⁷

La indeterminación relativa de la lista de cláusulas abusivas

El artículo 43 de la Ley 1480 de 2011 establece una lista de cláusulas presuntamente abusivas, cuya ilegalidad el legislador sanciona con la ineficacia de pleno derecho.

Esta lista meramente ejemplificativa (enunciativa y no exhaustiva, como se califica en el derecho español), complementa la prohibición general de abuso y concretiza el concepto de cláusula abusiva sin ninguna pretensión de acaparar o agotar todas las hipótesis posibles de las mismas, como quiera que no excluye la posibilidad de que otras cláusulas o condiciones también lo sean en la medida en que reúnan las exigencias del artículo 42 de la Ley 1480 de 2011.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la lista, es decir, si se trata de una lista negra o gris de cláusulas abusivas teniendo en cuenta el grado de indeterminación normativa de cada uno de los supuestos²⁸, la aplicación judicial de la prevista en el artículo 43 de la Ley

²⁷ Pertíñez Vílchez, Contratos de adhesión, ob. cit., pág. 1631.

²⁸ Díez-Picazo, Fundamentos, I, pág. 466.

1480 de 2011 no prescinde por completo de valoración alguna, que es el rasgo que identifica a las listas negras, ni permite tener por abusiva la cláusula o condición que simplemente se subsuma en alguno de los supuestos de la lista, como una proyección del derecho imperativo, pues a pesar de que el legislador redujo considerablemente el número de supuestos (14 en total) y comprimió al máximo cada uno de los mismos, subsisten en la lista conceptos jurídicos indeterminados que en sí mismos suponen una ponderación que impide la calificación automática de la cláusula como abusiva.

Además, el carácter complementario de la lista respecto de la prohibición general de abuso, que sujeta la abusividad de una cláusula al cumplimiento de los requisitos de desequilibrio injustificado y valoración circunstanciada de las condiciones particulares del contrato, induce a catalogar como gris el elenco de cláusulas abusivas que de manera abierta y ejemplificativa establece el artículo 43 de la Ley 1480 de 2011.

Tal lista gris la integrarían aquellos supuestos que describen hipótesis de cláusulas que se presumen abusivas, pero que podrían no serlo de acuerdo con las condiciones particulares del contrato, como sería la naturaleza del bien o servicio que constituye su objeto, el contexto contractual o las circunstancias especiales de su celebración.

La lista del artículo 43, por comprender los supuestos más frecuentes de cláusulas abusivas, se presumen tales, pero por su grado de indeterminación relativa, o por el reenvío tácito que el legislador hace a los requisitos del artículo 42, su abusividad debe ser examinada en función de tales requisitos (equilibrio injustificado) y teniendo en cuenta las condiciones particulares del contrato.

Condición necesaria para que una cláusula sea considerada abusiva es que se subsuma en alguno de los supuestos legales, más o menos indeterminados, según hemos visto, contenidos en la lista del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011.

Tal condición, sin embargo, no es suficiente, porque a pesar de que una cláusula se subsuma en algunos de los supuestos legales de la lista, puede que no sea abusiva en

vista de las condiciones que para el efecto exige el artículo 42: equilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y valoración de todas las condiciones particulares del contrato.²⁹

Podría decirse que el elenco de supuestos previsto en el artículo 43 de la Ley 1480 de 2011 constituye una lista negra de cláusulas abusivas cuando, además de prever una hipótesis en términos precisos y concretos, no existe ninguna razón que pueda justificar el desequilibrio que en los derechos del consumidor produce su inclusión como cláusula del contrato, teniendo en cuenta las condiciones particulares de éste.³⁰

Validez prima facie y validez definitiva

Las normas legales sobre abusividad, esto es, tanto la prohibición general de abuso, como la lista de cláusulas presuntamente abusivas, generales o concretas (listas grises o negras), pueden revestir una validez prima facie o una validez definitiva.³¹

El criterio más importante para distinguir cuándo una de tales normas ostenta una validez prima facie o una validez definitiva, lo constituyen las razones que pueden justificar, en un momento dado, la imposición unilateral de una cláusula o condición que produce, como establece el artículo 42 de la Ley 1480 de 2011, un desequilibrio injustificado en el contenido normativo del contrato.

Según dicho criterio, una norma ostenta una validez prima facie cuando es considerada en sí misma o de manera aislada, es decir, sin tener en cuenta las razones que puedan justificar la imposición unilateral de una cláusula o condición determinada.

Por el contrario, una norma ostenta una validez definitiva cuando es considerada en relación con las demás normas del ordenamiento con las que puede entrar en colisión y

²⁹ Pertíñez Vélchez, Francisco, Contratos de adhesión, pág. 1646.

³⁰ Pertíñez Vélchez, Francisco, Contratos de adhesión, pág. 1646.

³¹ Sobre el concepto de validez prima facie y validez definitiva, aunque en relación con las normas de derecho fundamental, véase: Bernal Pulido, Carlos, El principio de proporcionalidad...ob. cit., págs. 637 a 645; y Borowsky, Martin, Grundrechte als Prinzipien...ob.cit. pág. 101.

teniendo en cuenta las razones que pueden justificar la imposición unilateral de una cláusula o condición.³²

La consideración de las razones que pueden justificar el desequilibrio producido por la imposición unilateral de una cláusula o condición, tiene lugar en la etapa discursiva del juicio de abusividad.

En dicha etapa, con la ayuda de algún criterio objetivo de concretización normativa (proporcionalidad, racionalidad o razonabilidad), el juez define la suficiencia de las razones que pueden justificar la imposición unilateral de una cláusula o condición.

De esta manera, la relación entre la validez definitiva de una norma y la aplicación de alguno de estos criterios es bastante estrecha, pues antes de tal aplicación, las normas sobre abusividad contractual ostentan una validez prima facie.

Normas de abusividad prima facie

Como hemos visto, una norma sobre abusividad ostenta una validez prima facie cuando se la considera en sí misma o de manera aislada, sin tener en cuenta, con la ayuda de algún criterio objetivo de concretización, las razones que puedan justificar la imposición unilateral de una cláusula o condición. Antes de la aplicación de alguno de tales criterios, las normas sobre abusividad ostentan una validez prima facie.

Ejemplo de una norma de abusividad con validez prima facie es la prohibición general de abuso que, con independencia de las razones que puedan justificar la imposición de una cláusula o condición, prohíbe, sancionándolas con nulidad, las cláusulas que produzcan, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio injustificado.

³² Bernal Pulido, Carlos, El principio de proporcionalidad, pág. 637 a 645).

La prohibición general de abuso establece que son cláusulas abusivas aquellas que, en perjuicio del consumidor, producen un desequilibrio injustificado y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos.

Frente a la facultad de imponer de manera unilateral el contenido normativo del contrato, dicha prohibición significa que el predisponente debe, prima facie, abstenerse de introducir cláusulas o condiciones que produzcan desequilibrios en perjuicio del consumidor, es decir, rupturas entre los derechos y obligaciones derivados del contrato (contenido normativo o jurídico), o que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el mismo puede ejercer sus derechos.

La validez prima facie de dicha prohibición significa que el predisponente (profesional o empresario) puede válidamente, mediante la imposición de cláusulas o condiciones, producir un desequilibrio en el contenido normativo del contrato, siempre que tal desequilibrio se encuentre suficientemente justificado.

En otros términos, la prohibición general de abuso no prohíbe de forma definitiva o categórica cualquier desequilibrio, sino aquellos desequilibrios contractuales que no se encuentren suficientemente justificados.

En este sentido, sólo son abusivas las cláusulas o condiciones que, además de producir un desequilibrio en el contenido normativo del contrato, sean injustificadas, y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo y lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos.

Injustificado significa el desequilibrio arbitrario o no fundado en razones que de manera suficiente lo justifiquen.

Tanto por su carácter relativamente indeterminado como por el reenvío tácito que el legislador hace a la prohibición general de abuso (art. 42), las normas que establecen la lista de supuestos presuntamente abusivos (art. 43), también ostentan una validez prima facie.

Normas de abusividad definitivas

Como hemos dicho, una norma sobre abusividad ostenta una validez definitiva cuando se la considera en relación con las demás normas del ordenamiento con las que puede entrar en colisión, y teniendo en cuenta las razones que puedan justificar la imposición unilateral de una cláusula o condición determinada.

La consideración de tales razones tiene lugar en la etapa discursiva del juicio de abusividad cuando, con la ayuda de algún criterio objetivo de concretización normativa, el juez define la suficiencia de las razones que puedan justificar la producción, en perjuicio del consumidor, de un desequilibrio en el contenido normativo del contrato.

Antes de dicha aplicación, las normas de abusividad ostentan una validez prima facie.

Un ejemplo de norma de abusividad con validez definitiva lo constituye la regla particular de decisión que sirve de premisa mayor en la fundamentación interna del fallo con que se define la abusividad de una cláusula o condición concreta.

La validez de las normas dentro del juicio de abusividad

Establecida la existencia de un desequilibrio en el contenido normativo del contrato, producido por la imposición unilateral de una cláusula o condición, corresponde al juez definir la suficiencia de las razones que puedan justificar tal desequilibrio.

Como hemos visto, la existencia de un desequilibrio no es suficiente, por sí mismo, para considerar abusiva la cláusula o condición que lo genera y declarar la nulidad de la misma.

Antes bien, el juez debe dar paso a la etapa discursiva del juicio de abusividad y establecer, con la ayuda de algún criterio objetivo de concretización normativa, la relación de precedencia condicionada entre las razones que sustentan la imposición unilateral de la cláusula o condición y las que sustentan su expulsión como contenido normativo del contrato.

En otros términos, en tal etapa el juez pondera las razones que juegan a favor o en contra de la imposición unilateral de la cláusula o condición en examen.

Si la medida supera las exigencias del criterio objetivo de concretización principio de proporcionalidad, el juez deberá declarar, de manera definitiva, la legitimidad de la imposición unilateral de la cláusula o condición y la validez de ésta como contenido normativo del contrato, pues a pesar de introducir un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, tal desequilibrio se encuentra justificado de acuerdo con el criterio de concretización utilizado.

Por el contrario, si la cláusula o condición no supera las exigencias del criterio de concretización, el juez deberá declarar, de manera definitiva, la abusividad de aquélla y su exclusión del contenido normativo del contrato por producir un desequilibrio injustificado en la distribución de los derechos y obligaciones de las partes es injustificado según el criterio de concretización utilizado.

3. Definición legal de cláusula abusiva

Cláusula abusiva según la Ley 1480 de 2011

Según el artículo 42 de la Ley 1480 de 2011, “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. Los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”.

“En caso de ser incluidas, serán ineficaces de pleno de derecho”.

Lista de cláusulas abusivas según la Ley 1480 de 2011

A su vez, el artículo 43 de la misma ley establece que, son ineficaces de pleno derecho, las cláusulas que limiten la responsabilidad legal del productor o proveedor (1); impliquen la renuncia de los derechos legales del consumidor (2); inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor (3); trasladen al consumidor, o un tercero que no sea parte del contrato, la responsabilidad del productor o proveedor (4); el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado (5); vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumplan sus obligaciones (6); 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 (7); impiden al consumidor resolver el contrato en caso de que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor, salvo en el caso del arrendamiento financiero (8); presuman cualquier manifestación de voluntad del

consumidor, cuando de ésta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo (9); incluyan el pago de intereses no autorizados legamente (10); impongan al consumidor, para la terminación del contrato, mayores requisitos que los solicitados al momento de la celebración del mismo, o que impongan mayores cargas a las legalmente establecidas (11); obliguen al consumidor a acudir a la jurisdicción arbitral (12); eliminen o restrinjan la facultad del usuario del bien para hacer efectiva directamente, ante el productor o proveedor, las garantías legales en los contratos de arrendamiento financiero y arrendamiento de bienes muebles (13); y que establecen la renovación automática y que impidan al consumidor dar por terminado el contrato en cualquier momento, o que le impongan sanciones por la terminación anticipada del contrato (14).

Finalmente, el artículo 43 de la Ley 1480 de 2011 establece que la nulidad o ineficacia de una cláusula no afecta la totalidad del contrato, en la medida en que éste pueda subsistir sin las cláusulas nulas o ineficaces. Cuando el contrato subsista, la autoridad competente aclarará cuales serán los derechos y obligaciones que se deriven del contrato subsistente.

En Colombia, pues, la regulación legal de la abusividad en los contratos de consumo se articula en torno a una prohibición general de abuso (art. 42), y una lista “lista negra”, enunciativa y no exhaustiva, de cláusulas abusivas (art. 43).

La prohibición general de abuso se centra, a su vez, en el concepto de desequilibrio injustificado y en la necesidad de una valoración circunstanciada de todas las condiciones particulares del contrato (juicio de abusividad).

Ahora bien, entre la prohibición general de abuso y la lista negra de cláusulas abusivas, no sólo existe una relación de concretización, sino también de fundamentación, en el sentido de que no basta, para que una cláusula sea considerada abusiva, que la misma se subsuma en alguno de los supuestos previstos en la lista, sino que, además, se requiere que produzca, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio injustificado en los derechos y obligaciones derivados del contrato, teniendo en cuenta todas las condiciones particulares de éste.

Sección 1

Antecedentes en el derecho comparado

Las anteriores disposiciones de la Ley 1480 de 2011 son deudoras directas del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios de España (TRLGDCU) [1]³³, la que, a su vez, tuvo en cuenta, como norma de transposición al derecho nacional español, la Directiva 13/1993 [2].³⁴

Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios de España (TRLGDCU)

Cláusula general de abusividad

Según el artículo 82 del TRLGDCU (cláusula general de abusividad), se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente, y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, que se deriven del contrato (num. 1).

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula, o que una cláusula aislada, se hayan negociado individualmente, no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato. El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba (num. 2).

³³ Este real decreto legislativo cumple con la previsión recogida en la disposición final quinta de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que habilitó al gobierno español para refundir, en un único texto, la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU) y las normas de transposición al derecho interno español de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios que inciden en los aspectos regulados en ella.

³⁴ Sobre la influencia de las legislaciones foráneas en la redacción de estas disposiciones, y en especial de la española, véase: Giraldo López, Alejandro, Caycedo Espinel, Carlos Guzmán y Madriñán Rivera, Ramón Eduardo: Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011), Legis, Bogotá, 1ª edición, 2012, pág.113.

El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato, y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro del que éste dependa (num. 3).

Lista negra de cláusulas abusivas

No obstante lo anterior, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: vinculen el contrato a la voluntad del empresario (lit. a); limiten los derechos del consumidor y usuario (lit. b); determinen la falta de reciprocidad en el contrato (lit. c); impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas, o le impongan indebidamente la carga de la prueba (lit. d); resulten desproporcionados en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato (lit. e); o contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable (lit. f).

Nulidad de cláusulas abusivas

Por su parte, el artículo 83 del TRLGDCU (nulidad de las cláusulas abusivas e integración del contrato), dispone que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas (num. 1); así como que la parte afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil español y al principio de buena fe objetiva (num. 2).

A éstos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas, integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario (inc. 1º). Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes, que no pueda ser subsanada, podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato (inc. 2º).

En los artículos 85 a 90, el TRLGDCU establece la denominada “lista negra” de cláusulas abusivas: bien por vincular el contrato a la voluntad del empresario (art. 85); bien por limitar los derechos básicos del consumidor o usuario (art. 86); o por establecer cláusulas abusivas sobre garantías (art. 88); o que afecten al perfeccionamiento y ejecución del

contrato (art. 89); o bien que establezcan cláusulas abusivas sobre competencia y derecho aplicable.

En síntesis, al igual que las disposiciones de la ley colombiana a la que sirvió de referente, la regulación legal de la abusividad en las relaciones contractuales de consumo se articula, en el derecho español, en torno a una “cláusula general de abusividad” (art. 82) y una lista indicativa y no exhaustiva, más o menos indeterminada (gris o negra) de cláusulas abusivas (arts. 85 a 90)³⁵, seguida de una serie de normas sobre nulidad e integración del contrato, que revisten al Juez de facultades moderadoras de los derechos y obligaciones de las partes, así como de la ineficacia de las cláusulas declaradas nulas, en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario (art. 83, incs. 1º y 2º).

Directiva 93/13/CEE

De la misma manera, el artículo 3º de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, establece que las cláusulas contractuales que no hayan sido negociadas individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato (num. 1).

Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula, o que una cláusula aislada, se hayan negociado individualmente, no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato, si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente, asumirá plenamente la carga de la prueba (num. 2).

³⁵ Pertíñez Vílchez (1645 y 1646).

Lista de cláusulas abusivas

Ahora bien, el Anexo de la Directiva 93/13/CEE contiene la siguiente lista, indicativa y no exhaustiva, de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas: las que tengan por objeto o por efecto excluir o limitar la responsabilidad legal del profesional en caso de muerte o daños físicos del consumidor, debidos a una acción u omisión de aquél (lit. a); excluir o limitar, de forma inadecuada, los derechos legales del consumidor con respecto al profesional o a la otra parte, en caso de incumplimiento total o parcial, o de cumplimiento defectuoso de una cualquiera de las obligaciones contractuales de aquél, incluida la posibilidad de compensar sus deudas respecto del profesional mediante créditos que ostente en contra de éste último (lit. b); prever un compromiso en firme del consumidor, mientras que la ejecución de las prestaciones del profesional está supeditada a una condición cuya realización depende únicamente de su voluntad (lit. c); permitir que el profesional retenga cantidades abonadas por el consumidor, si éste renuncia a la celebración o a la ejecución del contrato, sin disponer que el consumidor tiene derecho a percibir del profesional una indemnización por una cantidad equivalente cuando sea éste el que renuncie (lit. d); imponer al consumidor que no cumpla con sus obligaciones, una indemnización desproporcionadamente alta (lit. e); autorizar al profesional a rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad, o permitir que el profesional se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aun no efectuadas, si es el propio profesional quien rescinde el contrato (lit. f); autorizar al profesional a poner fin a un contrato de duración indefinida, sin notificación previa efectuada con una antelación razonable, salvo por motivos graves (lit. g); prorrogar automáticamente un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, cuando se ha fijado una fecha límite demasiado lejana para que el consumidor exprese su voluntad de no prorrogarlo (lit. h); hacer constar de forma irrefragable la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato (lit. i); autorizar al profesional a modificar unilateralmente, sin motivos válidos, cualesquiera características del producto que ha de suministrar o del servicio por prestar (lit. k); estipular que el precio de las mercancías se determine en el momento de la entrega, u otorgar al vendedor de mercancías o al proveedor de servicios, el derecho a aumentar los precios, sin que en ambos casos el consumidor tenga el correspondiente derecho a rescindir el contrato si el precio final resultare muy superior al precio contenido al celebrar el contrato (lit. l);

conceder al profesional el derecho a determinar si la cosa entregada o el servicio prestado se ajusta a lo estipulado en el contrato, o conferirle el derecho exclusivo a interpretar una cualquiera de las cláusulas del contrato (lit. m); restringir la obligación del profesional de respetar los compromisos asumidos por sus mandatarios, o supeditar sus compromisos al cumplimiento de formalidades particulares (lit. n); obligar al consumidor a cumplir con todas sus obligaciones, aun cuando el profesional no hubiera cumplido con las suyas (lit. o); prever la posibilidad de cesión del contrato por parte del profesional, si puede engendrar merma de las garantías del consumidor, sin el consentimiento de éste (lit. p); suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición, o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a la otra parte contratante (lit. q).

Sección 2

Antecedentes en el derecho colombiano

Antes de la Ley 1480 de 2011, no había en Colombia una regulación general de las relaciones de consumo, ni de los derechos y deberes de los consumidores (arts. 1º y 3º), como tampoco de responsabilidad de productores y proveedores. En materia contractual, la ley establece el principio de interpretación favorable (art. 34), según el cual las condiciones generales de los contratos de adhesión serán interpretadas de la manera más favorable al consumidor; así como los requisitos que han de cumplir tales condiciones, so pena de ser ineficaces (art.37). En materia de cláusulas abusivas, la ley establece una prohibición general de abuso (art. 42), basada en el concepto de desequilibrio injustificado y en la necesidad de un juicio circunstanciado de abusividad; así como una lista negra de cláusulas abusivas (art. 43), sancionadas con nulidad o ineficacia de pleno derecho (art. 44).

Salvo algunas disposiciones en materia de seguros y el artículo 830 del Código de Comercio, que proscribe el abuso del derecho, como antecedentes de las anteriores disposiciones sobre abusividad pueden mencionarse las leyes 142 de 1994 (servicios públicos domiciliarios), 1328 de 2009 (consumidor financiero) y 1341 de 2009 (usuarios de servicios de comunicaciones).

Ley 142 de 1994, sobre servicios públicos domiciliarios

Según el artículo 133 de la Ley 142 de 1994, sobre servicios públicos domiciliarios, se presume que hay abuso de posición dominante de la empresa de servicios públicos, en los contratos cuyas cláusulas excluyan o limiten la responsabilidad que corresponda a la empresa de acuerdo a las normas comunes; o las que trasladen al suscriptor o usuario la carga de la prueba que esas normas ponen en cabeza de la empresa (num. 1); las que den a la empresa la facultad de disolver el contrato o cambiar sus condiciones o suspender su ejecución, o revocar o limitar cualquier derecho contractual del suscriptor o usuario, por razones distintas al incumplimiento de éste o a fuerza mayor o caso fortuito (num. 2); las que condicionan al consentimiento de la empresa de servicios públicos el ejercicio de cualquier derecho contractual o legal del suscriptor o usuario (num. 3); las

que obligan al suscriptor o usuario a recurrir a la empresa de servicios públicos, o a otra determinada, para adquirir cualquier bien o servicio que no tenga relación directa con el objeto del contrato, o le limiten su libertad para escoger a quien pueda proveerle ese bien o servicio; o lo obligan a comprar más de lo que necesite (num. 4); las que limiten la libertad de estipulación del suscriptor o usuario en sus contratos con terceros, y los que lo obligan a comprar sólo a ciertos proveedores (num. 5); las que imponen al suscriptor o usuario una renuncia anticipada a cualquiera de los derechos que el contrato le concede (num. 6); las que autorizan a la empresa, o a un delegado suyo, a proceder en nombre del suscriptor o usuario para que aquélla pueda ejercer alguno de los derechos que ella tiene frente al suscriptor o usuario (num. 7); las que obligan al suscriptor o usuario a preparar documentos de cualquier clase, con el objeto de que éste tenga que asumir la carga de una prueba que, de otra forma, no le correspondería (num. 8); las que sujetan a término o a condición no previsto en la ley, el uso de recursos o de acciones que tiene el suscriptor o usuario; o le permitan a la empresa hacer oponibles a éste ciertas excepciones que, de otra forma, le serían inoponibles; o impiden al suscriptor o usuario utilizar remedios judiciales que la ley pondría a su alcance (num. 9); las que confieren a la empresa mayores atribuciones que al suscriptor o usuario en el evento de que sea preciso someter a decisiones arbitrales o de amigables componedores las controversias que surjan entre ellas (num. 10); las que confieren a la empresa la facultad de elegir el lugar en que el arbitramento o la amigable composición han de tener lugar, o escoger el factor territorial que ha de determinar la competencia del juez que conozca de las controversias (num. 11); las que confieran a la empresa plazos excesivamente largos o insuficientemente determinados para el cumplimiento de una de sus obligaciones o para la aceptación de una oferta (num. 12); las que confieran a la empresa la facultad de modificar sus obligaciones cuando los motivos para ello sólo tienen en cuenta los intereses de la empresa (num. 13); las que presumen cualquier manifestación de voluntad del suscriptor, salvo las excepciones legales (num. 14); las que permitan presumir que la empresa ha realizado un acto que la ley o el contrato consideran indispensable para determinar el alcance o la exigibilidad de las obligaciones y derechos del suscriptor o usuario; y las que la eximan de realizar tal acto, salvo en cuanto la ley autorice lo contrario (num. 15); las que permitan a la empresa, en el evento de la terminación anticipada del contrato por parte del suscriptor o usuario, exigir a éste una compensación excesivamente alta por el uso de una cosa o de un derecho recibido en desarrollo del contrato; o una compensación excesivamente alta por los gastos

realizados por la empresa para adelantar el mismo; o que asuma la carga de la prueba respecto del monto real de los daños que ha podido sufrir la empresa, si la compensación pactada resulta excesiva (num. 16); las que limitan el derecho del suscriptor o usuario a pedir la resolución del contrato, o perjuicios, en caso de incumplimiento total o parcial de la empresa (num. 17); las que limiten la obligación de la empresa a hacer efectivas las garantías de la calidad de sus servicios y de los bienes que entrega; y las que trasladan al consumidor o usuario una parte cualquiera de los costos y gastos necesarios para hacer efectiva esa garantía; y las que limitan el plazo previsto en la ley para que el suscriptor o usuario ponga de presente los vicios ocultos de los bienes y servicios que recibe (num. 18); las que obligan al suscriptor o usuario a continuar con el contrato por más de dos años, o por un plazo superior al que autoricen las comisiones por vía general para los contratos con grandes suscriptores o usuarios (num. 19); las que suponen que las renovaciones tácitas del contrato se extienden por períodos superiores a un año (num. 20); las que obligan al suscriptor o usuario a dar preaviso superior a dos meses para la terminación del contrato, salvo que haya permiso expreso de la comisión (num. 21); las que obligan al suscriptor o usuario a aceptar por anticipado la cesión que la empresa haga del contrato, a no ser que en el contrato se identifique al cesionario o que se reconozca al cedido la facultad de terminar el contrato (num. 22); las que obliguen al suscriptor o usuario a adoptar formalidades poco usuales o injustificadas para cumplir los actos que le correspondan respecto de la empresa o de terceros (num. 23); las que limitan el derecho de retención que corresponda al suscriptor o usuario, derivado de la relación contractual (num. 24); las que impidan al suscriptor o usuario compensar el valor de las obligaciones claras y actualmente exigibles que posea contra la empresa (num. 25); o cualesquiera otras que limiten en tal forma los derechos y deberes del contrato que pongan en peligro la consecución de los fines del mismo (num. 26).

La presunción de abuso de la posición dominante puede desvirtuarse si se establece que las cláusulas aludidas, al considerarse en el conjunto del contrato, se encuentran equilibradas con obligaciones especiales que asume la empresa.

La presunción se desvirtuará, además, en aquellos casos en que requiera permiso expreso de la comisión para contratar una de tales cláusulas, y ésta lo haya concedido.

Anulada una de las cláusulas a que se refiere el artículo 133, conservarán, sin embargo, su validez todas las demás que no hayan sido objeto de la misma sanción.

Cuando una comisión haya rendido concepto previo sobre un contrato de condiciones uniformes, o sobre sus modificaciones, el juez que lo estudie debe dar a ese concepto el valor de una prueba pericial firme, precisa y debidamente fundada.

Ley 1328 de 2009, sobre consumidor financiero

El literal e) del artículo 7º de la Ley 1328 de 2009, establece, por su parte, como deber especial de las entidades financieras, “abstenerse de incurrir en conductas que conlleven abusos contractuales o de convenir cláusulas que puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante contractual”. El artículo 11, a su vez, prohíbe las cláusulas o estipulaciones contractuales incorporados en los contratos de adhesión que prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros (lit. a); inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero (lit. b); incluyan espacios en blanco, siempre que su diligenciamiento no esté autorizado detalladamente en una carta de instrucciones (lit. c); limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero (lit. e); las demás que de manera previa y general establezca la Superintendencia Financiera de Colombia.

Según el Parágrafo de dicha disposición, cualquier estipulación o utilización de cláusulas abusivas en un contrato se entenderá por no escrita o sin efectos para el consumidor financiero.

Ley 1341 de 2009, usuarios de servicios de comunicaciones

Finalmente, el numeral 10 del artículo 53 de la Ley 1341 de 2009 establece, como derecho de los usuarios de los servicios de comunicaciones, la protección contra conductas restrictivas o abusivas.

4. Concepto de cláusula abusiva

Concepto de cláusula abusiva

De acuerdo con las disposiciones anteriores, en el ámbito del derecho contractual de consumo, por cláusula abusiva se entiende aquella estipulación contractual, predispuesta o negociada que, en perjuicio del consumidor, produce un desequilibrio injustificado de los derechos y obligaciones derivados del contrato, teniendo en cuenta las condiciones particulares de celebración y ejecución de éste.

En términos generales, tal definición coincide con la elaborada por la doctrina nacional y extranjera y la contenida en la legislación especial sobre la materia, particularmente europea.

Para Stiglitz, por ejemplo, por cláusulas abusivas (llamadas también leoninas, onerosas, gravosas o restrictivas) se entiende aquellas que entrañan, con ventaja exclusiva para una de las partes (normalmente del empresario predisponente), un desequilibrio de los derechos y obligaciones derivados del contrato (especialmente cuando se trate de un contrato por adhesión concluido entre un empresario y un consumidor, unilateralmente predispuesto por el primero).

En un sentido más restringido, por cláusula abusiva se entiende toda disposición contractual o toda combinación de disposiciones contractuales que entrañe en el contrato un desequilibrio de los derechos y obligaciones derivados del mismo, en perjuicio de los consumidores. Se trata de un abuso de la posición contractual dominante que afecta el equilibrio de los derechos y deberes de las partes.³⁶

³⁶ Stiglitz, Rubén, Cláusulas abusivas en el contrato de seguro, Buenos Aires, 1994, págs. 47 a 51.

Una concepción tal de cláusulas abusivas es la que recoge la Directiva Comunitaria 13 de 1993, que las define como aquellas que tienen por objeto o por efecto crear, en detrimento del no profesional o del consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes (Véase Supra, Cap. III, sec. 2).

En el derecho español se consideran abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones que se deriven del contrato (art. 82 del TRLGDCU).³⁷

De la anterior definición se deducen las siguientes características de las cláusulas abusivas:

1. Ser una estipulación contractual que hace parte del contenido normativo del contrato;
 2. Ser una estipulación contractual predispuesta o negociada;
 3. Producir un desequilibrio injustificado en los derechos y obligaciones derivados del contrato;
 4. Producir un daño o perjuicio al consumidor; y
-

³⁷ Los contratos celebrados con consumidores, a los que se incorporan condiciones generales de contratación, pueden ser objeto de control de contenido (juicio de abusividad) y, en virtud de dicho control, tales condiciones pueden ser declaradas abusivas. Para que una cláusula pueda ser declarada abusiva, la ley española exige que la misma no haya sido negociada individualmente. La carga de la prueba de la existencia de negociación individual, pesa sobre el predisponente del contrato. La ley exige también que la estipulación no negociada individualmente cause, en contra de las exigencias de la buena fe, un perjuicio al consumidor y un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones que se deriven del contrato. En este punto se produce entonces la yuxtaposición de dos elementos del supuesto de hecho de la abusividad: la contravención a las exigencias de la buena fe (esto es, la contravención de un modelo de conducta contractual acorde con las normas éticas según cada tipo de contrato) y el desequilibrio importante de los derechos y obligaciones derivados del mismo. Al respecto véase, Pertíñez Vílchez, Francisco, Contratos de adhesión, págs. .

5. Suponer una valoración circunstanciada de las condiciones particulares del contrato (juicio de abusividad).

La cláusula abusiva como estipulación contractual

De acuerdo con la definición anterior, la cláusula abusiva es ante todo una disposición integrante del contenido normativo del contrato ³⁸, sea éste de libre discusión o de adhesión, típico o atípico.³⁹

Estipulación negociada o predispuesta

Las cláusulas abusivas pueden tener lugar en cualquier tipo de contrato (civil, comercial o de consumo), sea éste de libre discusión o de adhesión. A diferencia del legislador español, el colombiano no limitó la definición de cláusula abusiva al concepto de estipulación no negociada. El artículo 42 de la Ley 1480 de 2011 hizo abstracción del tipo de contrato de consumo, de libre discusión o de adhesión, o de la clase de cláusula o condición, negociada o predispuesta.

Sin embargo, de acuerdo con lo previsto en el numeral 1.6 del artículo 3º de la ley, el control judicial sobre las cláusulas abusivas recae exclusivamente sobre los contratos de adhesión, a condiciones generales o particulares, quizás porque la especificidad de este tipo de contrato favorece la imposición de cláusulas abusivas, de la que el empresario se aprovecha, a falta de discusión, para introducir, por la vía de la predisposición, cláusulas o condiciones que apuntalan su posición contractual dominante.

Si bien la cláusula abusiva no es un fenómeno propio y exclusivo del contrato de adhesión, pues es factible hallarlo en la contratación discrecional, lo cierto es que en la contratación masiva halla el terreno propicio para su existencia y desarrollo, dada su especial técnica de formación del contrato.⁴⁰

³⁸ Sobre los conceptos de cláusula y estipulación como contenido normativo del contrato, véase Díez-Picazo y Ponce de León, Luis, Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Tomo I, págs. 426 y ss.

³⁹ Stiglitz, Rubén, Derecho de seguros, págs. 47 a 51.

Estipulación predispuesta

Por lo anterior, dado que el fenómeno de la abusividad tiene mayor ocurrencia en los contratos con cláusulas predispuestas, un rasgo distintivo complementario de las cláusulas abusivas radica en que las mismas no hayan sido negociadas individualmente, como acontece con los contratos de adhesión a condiciones generales (el seguro, por ejemplo), en los que, como característica típica de tal clase de negociación, se han suprimido las tratativas previas y la negociación individual de cada cláusula.

Lo mismo sucede cuando el adherente no haya podido participar o influir en la definición del contenido del contrato, o que dicha participación no haya sido importante: la participación del consumidor en la redacción de algunas condiciones particulares puede ser insignificante frente al contenido global del contrato y de las condiciones generales impuestas unilateralmente por el predisponente.⁴¹

Por esta razón, el desequilibrio contractual difícilmente podrá resultar de la falta de adecuación del precio o remuneración que debe pagar el usuario con relación al bien o servicio suministrado por la empresa, pues estas son cuestiones sobre las que las partes consienten libremente.⁴²

⁴⁰ Stiglitz, Rubén, Derecho de seguros, pág. . La adhesión es una característica del contrato, no un defecto del mismo, de manera que no es válido identificar adhesión y abusividad, ya que ésta se puede también presentar en los contratos de libre discusión. La desigualdad formal de las partes constituye el elemento definitorio del contrato de adhesión, toda vez que el contenido contractual es predispuesto únicamente por una de las partes, llamada por ello, precisamente, predisponente (unilateralidad). Dicho esquema negocial se caracteriza por su rigidez (inalterabilidad), ya que al suprimir la etapa precontractual, impide al adherente discutir los términos predispuestos de las condiciones generales. La posición dominante que detenta el predisponente hace necesario que las cláusulas que integran el contenido del contrato sean suficientemente conocidas por el adherente usando una diligencia ordinaria. Cuando el predisponente intenta aplicar una cláusula desconocida, la ineficacia de la misma se fundamenta entonces en la falta de consentimiento del adherente. La otra forma que utiliza el predisponente para consolidar su posición contractual dominante es la introducción de cláusulas abusivas, en especial en los contratos de adhesión.

⁴¹ Stiglitz, Rubén, Derecho de seguros, págs. 47 a 51.

⁴² Stiglitz, Rubén, Derecho de seguros, págs. 47 a 51. La ley española excluyó del control del contenido las cláusulas que se refieran a elementos esenciales del contrato: la apreciación del

Además de la predisposición, otro rasgo que caracteriza la noción de cláusula abusiva, especialmente en los contratos con cláusulas predispuestas (condiciones generales, por ejemplo), es precisamente que las mismas hayan sido presentadas al adherente o consumidor previamente redactadas, bien por el predisponente mismo, bien por otra persona o entidad, o haya sido reproducida total o parcialmente de formularios o modelos tipo.⁴³

Desequilibrio contractual

El rasgo definitorio de la cláusula abusiva es el desequilibrio injustificado, en perjuicio del consumidor, que la cláusula o condición produce en el contenido normativo del contrato, es decir, entre los derechos y obligaciones del predisponente (empresario o profesional), por una parte, y los derechos y obligaciones del adherente (consumidor o usuario), por la otra.

Tal desequilibrio se explica por la supremacía de negociación que ostenta el empresario o profesional en su condición de predisponente, en el conocimiento técnico y en la información de que dispone sobre el contenido del contrato.⁴⁴ En efecto, el predisponente detenta frente al consumidor una superioridad que le permite definir de manera unilateral el contenido del contrato y, por este medio, alterar abusivamente el equilibrio de los derechos y obligaciones derivados del mismo.

El desequilibrio, según el artículo 42 de la Ley 1480 de 2014, ha de ser, una parte, injustificado, es decir, carente de razones o motivos que de manera suficiente lo justifiquen (arbitrario); y, por otra, importante, relevante o significativo, es decir, que afecte o perjudique de manera negativa los derechos del consumidor.

carácter abusivo no se referirá a la definición del objeto principal, ni a la adecuación entre precio y retribución, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. Se pretende con dicha prohibición evitar el control judicial de precios, y que la determinación del contenido económico del contrato se mantenga en manos de las partes, no del juez. La razón de tal limitación es que el precio o la contraprestación no son elementos impuestos por el empresario, sino libremente discutidos por las partes. (Pertíñez Vílchez, Francisco, Contratos de adhesión, págs..).

⁴³ Stiglitz, Rubén, Derecho de seguros, págs. 47 a 51.

⁴⁴ Stiglitz, Rubén, Derecho de seguros, págs. 47 a 51.

1. Desequilibrio injustificado

El desequilibrio injustificado alude a la idea de ventaja excesiva que se auto-atribuye el predisponente en perjuicio del consumidor. Tal ventaja exagerada desnaturaliza la relación de equivalencia en perjuicio de éste, sin que haya contrapartida o razones suficientes que lo justifiquen.

En otras palabras, el desequilibrio de derechos presupone una ampliación de ventajas o provechos a favor del empresario, o un aligeramiento o eliminación de sus obligaciones o deberes y, correlativamente, una agravación de las cargas y obligaciones del consumidor, sin que haya un fundamento legítimo que de manera suficiente lo justifique.⁴⁵

2. Daño o perjuicio del consumidor

El desequilibrio contractual introducido por la cláusula o condición ha de ser significativo, relevante o importante, en el sentido de que produzca o sea capaz de producir un daño o perjuicio al consumidor o que afecte de manera negativa los derechos de éste, de modo que los desequilibrios contractuales nimios e irrelevantes, así sean injustificados, tampoco constituyen cláusulas abusivas.

Para la apreciación en concreto de la abusividad de una cláusula habrá de tenerse en cuenta la relación de equivalencia al tiempo de la conclusión del contrato y el efecto que la cláusula cuestionada provoca o puede provocar sobre dicha relación de equivalencia, efecto que no es otro que el de atribuir de manera injustificada, es decir, sin contrapartida alguna o sin un fundamento que lo justifique, una ventaja significativa a favor del predisponente y en perjuicio del consumidor, o que comprometa el principio sinalagmático de la máxima reciprocidad de intereses.

⁴⁵ Díez-Picazo y Ponce de León, Luis, Las condiciones generales de contratación y cláusulas abusivas, 1996, pág.

Valoración circunstanciada

Tanto las razones que puedan justificar un desequilibrio en el contenido normativo del contrato, como la importancia o magnitud del mismo, han de ser apreciadas en cada caso concreto teniendo en cuenta, como señala el artículo 42 de la Ley 1480 de 2011, las condiciones particulares del contrato.

Tal valoración circunstanciada se denomina juicio de abusividad y, según se refiera a la aplicación de la prohibición general de abuso (art. 42), o a la lista enunciativa de cláusulas presuntamente abusivas (art. 43), constituye un control material sobre el contenido de las cláusulas y estipulaciones de los contratos de consumo, que opera conforme a reglas especiales, distintas de las aplicables a los demás contratos privados (civiles o comerciales), como pueden ser las atinentes a los criterios metodológicos de concretización normativa, interpretación, carga de la prueba y argumentación.

El juicio de abusividad tendrá lugar, además, teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración.⁴⁶

Por último, el juicio de abusividad supone una valoración conjunta o global del contrato, así la ruptura de dicho equilibrio se deba a la existencia de una sola cláusula abusiva.⁴⁷

⁴⁶ Díez-Picazo, Fundamentos, Tomo I, pág. 458.

⁴⁷ Díez-Picazo, Luis, Fundamentos, ob. cit., pág. 458. La definición de la abusividad, en otros términos, no se hace en abstracto respecto de cada cláusula, sino teniendo en cuenta la totalidad del clausulado del contrato.

5. Clasificación de las cláusulas abusivas

Criterios de clasificación

a clasificación de las cláusulas abusivas puede hacerse teniendo en cuenta diferentes criterios, formales o materiales.

Criterios formales

Desde el punto de vista formal, teniendo en cuenta, por ejemplo, su grado de indeterminación normativa, las cláusulas abusivas pueden ser generales o abiertas o particulares o cerradas.

Cláusulas abiertas y cerradas

Las cláusulas son generales o abiertas cuando la definición de su abusividad requiera de una evaluación previa, bien porque el supuesto lo constituya un concepto jurídico indeterminado, bien porque tal definición remita al cumplimiento de ciertos requisitos, como ocurre con la mayoría de supuestos de la lista de cláusulas presuntamente abusivas del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011, que tácitamente reenvía al concepto de desequilibrio injustificado y a la evaluación circunstanciada de todas las condiciones particulares del contrato.

Las cláusulas particulares o cerradas, por el contrario, son aquellas cuya abusividad opera automáticamente una vez verificada la ocurrencia del supuesto de hecho, sin necesidad de valoración judicial alguna.

Los conceptos de cláusulas abusivas abiertas o cerradas se relacionan con los conceptos de listas grises o negras de cláusulas abusivas, y con los conceptos de cláusulas-principios y cláusulas-reglas.

Criterios materiales

La tipología de las cláusulas abusivas puede hacerse también teniendo en cuenta los derechos y facultades, por una parte, y las cargas y obligaciones, por la otra, bien del predisponente (empresario o profesional), bien del adherente (consumidor o usuario).

Desde el primer punto de vista, las cláusulas son abusivas si atribuyen al predisponente derechos y facultades de carácter exorbitante (1), o si introducen limitaciones y restricciones en los derechos y facultades del adherente (2).

Desde el segundo punto de vista, las cláusulas son abusivas cuando reduzcan o supriman las obligaciones y cargas del predisponente (3) o cuando aumenten desproporcionadamente las cargas y obligaciones del adherente o consumidor (4).⁴⁸

1. Cláusulas que atribuyen al predisponente derechos y facultades de carácter exorbitante

Dentro de este primer grupo se cuentan las cláusulas que atribuyen al predisponente la facultad exclusiva de interpretar el contrato; las que sujetan la ejecución o cumplimiento de las prestaciones a la voluntad exclusiva del predisponente; o las que atribuyen al mismo la libre rescisión del contrato.

Pertenecen también a éste grupo las cláusulas que atribuyen a favor del predisponente formas privilegiadas de garantías, o las que le otorgan la facultad de fijar o modificar los elementos del contrato o su régimen jurídico.⁴⁹

2. Cláusulas que restringen los derechos y facultades del adherente

Restringen injustificadamente los derechos y facultades del adherente, las cláusulas que limitan o prohíben a éste el ejercicio de acciones en los casos de incumplimiento total o

⁴⁸ Díez-Picazo, Luis, Las condiciones generales de la contratación, págs. 41 y 43.

⁴⁹ Díez-Picazo, Luis, Las condiciones generales de la contratación, págs. 41 y 43.

parcial o de cumplimiento defectuoso de las obligaciones a cargo del predisponente, en especial las que imponen al adherente la renuncia al ejercicio de acciones judiciales o le obliguen a acudir al arbitraje en caso de conflicto, o las que modifiquen a favor del predisponente la distribución de la carga de la prueba según el derecho aplicable.⁵⁰

La cláusula típica de limitación de las obligaciones del predisponente es la que exonera al mismo de responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de sus obligaciones contractuales (num. 1 del art. 43 de la Ley 1480 de 2011).

3. Cláusulas que imponen al adherente obligaciones o cargas exorbitantes

Dentro de las cláusulas que imponen a los adherentes obligaciones o cargas exorbitantes se encuentran las que establecen una indemnización desproporcionadamente alta en caso de incumplimiento o constituyan algún obstáculo irrazonable o desconsiderado al ejercicio de sus derechos.⁵¹

Supuestos materiales típicos de cláusulas abusivas

Aunque la definición general de cláusula abusiva del artículo 42 de la Ley 1480 de 2011, formulada en torno del concepto de desequilibrio injustificado y la necesidad de valoración circunstanciada del contrato, es por sí sola suficiente, el legislador colombiano, siguiendo la ley alemana de 1976 y la española de 2007⁵², ha establecido un listado o relación de cláusulas abusivas que oscila entre las llamadas listas grises, en las

⁵⁰ Díez-Picazo, Luis, Las condiciones generales de la contratación, págs. 41 y 43.

⁵¹ Díez-Picazo, Luis, Las condiciones generales de la contratación, págs. 41 y 43.

⁵² Díez-Picazo, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial, Tomo I, pág. 466. La Directiva 93/13 optó por la fórmula de la lista gris, es decir, por un elenco indicativo y no exhaustivo de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas. El legislador español, en cambio, movido seguramente por el designio de una mayor protección de los consumidores, optó por la variante de las listas negras, esto es, por una larga enumeración de cláusulas que sin paliativos tendrán el carácter de abusivas, al lado de otras que pueden serlo con arreglo a la prohibición general de abuso.

que se comprenden cláusulas que a primera vista o prima facie parecen abusivas, pero cuya abusividad debe ser después enjuiciada en concreto, y las llamadas listas negras, en las que se opta por la nulidad de determinadas cláusulas, sin ningún otro enjuiciamiento de las mismas.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 43 de la Ley 1480 de 2011, son ineficaces de pleno derecho las siguientes cláusulas abusivas: las cláusulas que limiten la responsabilidad legal del productor o proveedor (1); impliquen la renuncia de los derechos legales del consumidor (2); inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor (3); trasladen al consumidor, o un tercero que no sea parte del contrato, la responsabilidad del productor o proveedor (4); el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado (5); vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumplan sus obligaciones (6); 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 (7); impiden al consumidor resolver el contrato en caso de que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor, salvo en el caso del arrendamiento financiero (8); presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de ésta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo (9); incluyan el pago de intereses no autorizados legalmente (10); impongan al consumidor, para la terminación del contrato, mayores requisitos que los solicitados al momento de la celebración del mismo, o que impongan mayores cargas a las legalmente establecidas (11); obliguen al consumidor a acudir a la jurisdicción arbitral (12); eliminen o restrinjan la facultad del usuario del bien para hacer efectiva directamente, ante el productor o proveedor, las garantías legales en los contratos de arrendamiento financiero y arrendamiento de bienes muebles (13); y que establecen la renovación automática y que impidan al consumidor dar por terminado el contrato en cualquier momento, o que le impongan sanciones por la terminación anticipada del contrato (14).

Los supuestos materiales de cláusulas abusivas, más frecuentes en el tráfico mercantil y en la práctica contractual de la mayoría de los países de occidente, tipificados como cláusulas abusivas por el derecho contractual privado (civil, comercial y de consumo), son los siguientes, varios de los cuales fueron recogidos por la lista de cláusulas presuntamente abusivas del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011:

La exclusión o limitación de la responsabilidad del profesional

Se consideran abusivas las cláusulas que supongan la exclusión o limitación de responsabilidad del empresario o profesional en el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o lesiones causados al consumidor debidos a una acción u omisión de aquél.

La prohibición se refiere a la responsabilidad del empresario o profesional por los daños causados por su propio incumplimiento y, por consiguiente, el derecho de indemnización que el consumidor puede tener por tal motivo. En términos generales, se trata de daños de cualquier tipo, referidos a bienes de la personalidad o bienes patrimoniales distintos del interés contractual, cualesquiera que aquéllos sean.

La regla habla de daños que sean causados por una acción u omisión del profesional, entre los que se cuentan los daños imputables directamente a éste o de que éste deba responder, como los causados por sus auxiliares.⁵³

El numeral 1 del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011 sanciona con la ineficacia de pleno derecho a las cláusulas que limiten la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley le corresponden. Muy relacionada con lo anterior, el numeral 4 del artículo 43 también considera abusivas las cláusulas que trasladen al consumidor o a un tercero, que no sea parte en el contrato, la responsabilidad del productor o proveedor.

Liberación de responsabilidad por cesión del contrato a tercero

También suelen ser abusivas las cláusulas el predisponente se libera de responsabilidad por cesión del contrato a tercero sin consentimiento del deudor, especialmente cuando pueda producir merma de las garantías de éste.

⁵³ Díez-Picazo, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial, págs. 473 y 474.

o la liberación de responsabilidad por cesión del contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de éste.

La regla prohíbe cualquier cesión de contratos no consentida por el consumidor que pueda suponer merma de las garantías legales o de los derechos de éste.⁵⁴

Renuncia y limitación de derechos

También es abusiva, de manera genérica, la cláusula que impone renunciaciones o limita los derechos del consumidor. La imposición de renunciaciones se encuentra prevista de manera genérica y, por consiguiente, se refiere a cualquier dejación convencional de los derechos del consumidor, por lo que podría pensarse que la cláusula no es abusiva si con la renuncia se obtiene alguna ventaja que además fuera significativa.⁵⁵

El numeral 2 del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011, considera abusivas las cláusulas o condiciones que impliquen la renuncia de los derechos del consumidor que por ley le corresponden.

Las facultades exorbitantes de interpretación y modificación unilateral del contrato

En la mayoría de legislaciones es también abusiva la reserva a favor del empresario o profesional de facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato sin motivos válidos especificados en el mismo, así como la de resolver anticipadamente un contrato con plazo determinado, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad, o la de resolver en plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación, con antelación razonable, un contrato por tiempo indefinido, salvo por incumplimiento del

⁵⁴ Díez-Picazo, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial, págs. 473 y 474.

⁵⁵ Díez-Picazo, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial, pág. 474.

contrato o por motivos graves, que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del mismo.

Todos los supuestos cubiertos por la anterior prohibición se relacionan con la interdicción de la arbitrariedad y con el otorgamiento, a favor del predisponente, de facultades de predominio sobre el contrato que resultan claramente exorbitantes.

Las hipótesis cubiertas por la prohibición son normalmente las siguientes:

a. La reserva de facultades de interpretación del contrato

Esta cláusula facilita al predisponente apropiarse de una fracción del beneficio contractual que puede encontrarse en disputa por razón de la duda o laguna interpretativa y permite que la reserve en el sentido que más le beneficie.⁵⁶

La reserva a favor del profesional de facultades de interpretación del contrato, contradice el principio pro consumatore (art. 4º de la Ley 1480 de 2011), el deber de interpretación más favorable al consumidor o usuario en los contratos a condiciones generales (art. 34)⁵⁷ y, en general, los criterios interpretativos previstos en el Código Civil (arts. 1618 a 1624).

b. La reserva de facultades de modificación unilateral del contrato

Su fundamento se encuentra en la interdicción de la arbitrariedad, porque es arbitrario y exorbitante que una de las partes pueda modificar a su gusto el contrato.

Tal facultad de modificación puede afectar a cualquier elemento contractual: la prestación debida por el profesional, las circunstancias de la obligación, las modalidades de cumplimiento, el cambio de los sujetos o cualquier otra cosa similar.

⁵⁶ Díez-Picazo, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial, págs. 467 a 469.

⁵⁷ Pertíñez Vílchez, Contratos de adhesión (1646)

Como excepción, puede haber motivos suficientes, especificados en el propio contrato, que justifiquen el desequilibrio que pueda producir la modificación unilateral del mismo, caso en el cual la cláusula o condición puede no ser abusiva.⁵⁸

c. La cláusula que reconoce al profesional un derecho de denuncia o resolución anticipada de los contratos con plazo determinado

La prohibición consiste en dotar al predisponente de la facultad de resolver o denunciar anticipadamente un contrato de duración determinada y la posibilidad de ejercitar dicha facultad libremente, sin necesidad de fundarla en ninguna causa.

El fundamento de la prohibición es la llamada “excepción de igualdad de armas”: se admite la facultad, a favor del profesional, de resolver anticipadamente un contrato con plazo determinado, a condición de que al consumidor se le reconozca en el contrato el mismo derecho.

Ahora bien, la igualdad de armas sólo impide la calificación de una cláusula como abusiva cuando el deber que se reconozca al adherente y predisponente tenga un resultado similar.⁵⁹

d. La facultad resolutoria de carácter general

Tal prohibición impide que el profesional resuelva el contrato, cuando pueda hacerlo, en un plazo desproporcionadamente breve y sin previa notificación con un preaviso razonable en el contrato que tenga una duración indefinida.⁶⁰

La modificación de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor

⁵⁸ Díez-Picazo, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial, págs. 467 a 469.

⁵⁹ Díez-Picazo, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial, págs. 467 a 469.

⁶⁰ Díez-Picazo, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial, págs. 467 a 469.

También se consideran abusivas las cláusulas en que se impone la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante, según las reglas que al respecto prevén las normas de procedimiento civil. Según el numeral 3 del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011, son abusivas las cláusulas que inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

Esta prohibición, que guarda estrecha relación con aquella otra que proscribe coartar el ejercicio de derechos y acciones por parte del consumidor, considera abusiva la cláusula o condición que impone, en perjuicio de éste, la carga de probar hechos que de acuerdo con las reglas procesales correspondería probar al profesional.⁶¹

Vinculación incondicionada del consumidor

También se consideran abusivas aquellas cláusulas en las que se prevé la vinculación incondicionada del consumidor al contrato, aun cuando el profesional no hubiera cumplido con sus obligaciones.

Esta regla supone impedir cualquier tipo de reacción del consumidor frente al incumplimiento del profesional, como el ejercicio de facultades resolutorias o cualesquiera otras similares.⁶²

La retención de cantidades abonadas por renuncia

También es abusiva la cláusula que prevé la retención de cantidades abonadas por el consumidor por renuncia, sin contemplar la correlativa indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el profesional.

Tal cláusula permite al profesional retener las cantidades abonadas por el consumidor si éste renuncia a la celebración del contrato, sin disponer que el consumidor tenga

⁶¹ Díez-Picazo, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial, pág. 477.

⁶² Díez-Picazo, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial, pág. 469.

derecho a recibir del profesional una indemnización por una cantidad equivalente cuando sea éste el que renuncie.

La regla parece remitir a la órbita de las arras penitenciales, o del dinero de desistimiento o de arrepentimiento.

La cláusula no impide que el consumidor pueda desistir del contrato (renuncia a celebrarlo), o que renuncie a su ejecución habiéndose aquél celebrado, o incluso que lo haga mediante el pago de una cantidad, siempre que ésta no resulte por sí misma abusiva. Lo que no puede permitirse es la retención sin que al profesional se le trate de la misma manera.

El carácter abusivo de la cláusula deriva de la falta de reciprocidad en perjuicio del consumidor.⁶³

La privación o limitación de las facultades de compensación, retención y consignación

También se consideran abusivas las cláusulas que priven o restrinjan al consumidor de las facultades de compensación de créditos, así como de la de retención o consignación.

En principio, el régimen de la compensación de créditos previsto en el código civil tiene carácter dispositivo y es admisible una compensación convencional.

Sin embargo, como medida de protección del consumidor, se consideran abusivas las cláusulas que le priven del derecho de compensar, o las que lo restrinjan.

La regla aplica la misma solución a la cláusula que priva al consumidor de la facultad de retención, en los casos en que legalmente proceda, o las que restrinjan esta facultad y,

⁶³ Díez-Picazo, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial, págs. 476.

del mismo modo, las que impidan o limiten la consignación como modalidad liberatoria de las obligaciones.⁶⁴

Según el numeral 5 del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011, son abusivas las cláusulas que establezcan que el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado.

Condiciones dependientes de la voluntad del profesional

También se consideran abusivas las cláusulas que entrañen la supeditación a una condición cuya realización depende del profesional para el cumplimiento de la prestación, cuando al consumidor se le haya exigido un compromiso firme.

Esta prohibición guarda estrecha relación con las condiciones de carácter potestativo. El cumplimiento de la obligación que pesa sobre el profesional no puede quedar supeditado a una condición que signifique exclusivamente la voluntad del profesional, porque ello, de nuevo, entraña arbitrariedad y significa que la obligación se cumplirá si el obligado lo quiere.⁶⁵

En Colombia tal prohibición se relaciona con la prevista en el numeral 6 de la Ley 1480 de 2011, según la cual son abusivas e ineficaces de pleno derecho las cláusulas que vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumpla con sus obligaciones.

La facultad de rescisión discrecional

También se considera abusiva la cláusula que otorgue al profesional la facultad de rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad.

⁶⁴ Díez-Picazo, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial, pág. 474.

⁶⁵ Díez-Picazo, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial, págs. 469 y 470.

Aquí la expresión “rescisión” comprende cualquier facultad que permita al profesional poner fin al contrato y desligarse de él de manera discrecional.

La razón de abusividad de la prohibición es, nuevamente, la ausencia de reciprocidad, pues si ambas partes pueden discrecionalmente apartarse del contrato, la abusividad no se produce.⁶⁶

La facultad de decidir la corrección del cumplimiento

También se consideran abusivas las cláusulas que otorguen al profesional el derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato.

Decidir si el deudor, que en la hipótesis contemplada es el profesional, ha cumplido correcta y exactamente con su deber de prestación, exige un juicio de confrontación o de contraste entre la configuración ideal de la prestación, tal y como esta se encontraba estructurada en el contrato, y su realización efectiva.

Este juicio puede ser hecho por las dos partes de común acuerdo o, en otro caso, quedar remitido a la decisión de terceras personas (peritos), o a la decisión de autoridad judicial.

Si esa facultad se otorga a quien ha sido deudor de la prestación, es evidente que se introduce un elemento de arbitrariedad y, en la práctica, la ejecución del contrato se deja a la exclusiva voluntad del deudor.⁶⁷

El numeral 7 del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011 considera abusivas las cláusulas que conceden 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.

⁶⁶ Díez-Picazo, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial, pág. 476.

⁶⁷ Díez-Picazo, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial, págs. 472.

La privación de los derechos del consumidor frente al incumplimiento del profesional

Igualmente son abusivas las cláusulas mediante las cuales se excluyen o limitan, de forma inadecuada, los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial, o cumplimiento defectuoso del profesional.

En principio, la regla contempla cualquier derecho del consumidor frente al incumplimiento. Por consiguiente, incluye todos los remedios y acciones que frente a tal incumplimiento, total o parcial, o cumplimiento defectuoso, se puedan ejercitar: cumplimiento del contrato, resolución del mismo o indemnización de daños y perjuicios.

Respecto del cumplimiento defectuoso por la existencia de vicios ocultos, si bien las normas legales sobre los mismos deben quedar inmunes, en términos generales, a las cláusulas abusivas, se permite que se pueda reemplazar la obligación legal de saneamiento por la de reparación o sustitución de las cosas objeto del contrato, siempre que ello no conlleve gasto adicional alguno para el consumidor y que no se limiten los derechos de éste a la indemnización de daños y perjuicios.⁶⁸

La exclusión de la excepción de incumplimiento contractual

En este caso la abusividad se refiere a la imposición de obligaciones al consumidor para el cumplimiento de todos sus deberes y contraprestaciones, aun cuando el profesional no hubiere cumplido los suyos.

Lo que se prohíbe es que continúe existiendo la obligación del consumidor, a pesar de que el profesional, por su parte, no haya cumplido, es decir, suprimiendo la excepción de incumplimiento contractual, lo que supone una ruptura del equilibrio del contrato y la introducción de un factor de arbitrariedad, toda vez que si el profesional continúa

⁶⁸ Díez-Picazo, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial, págs. 472 y 473.

detentando el derecho a exigir el cumplimiento frente al consumidor, sin haber él cumplido, de nuevo el contrato queda en sus manos.⁶⁹

El numeral 8 del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011 considera abusivas las cláusulas que impidan al consumidor resolver el contrato en caso que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor.

Limitación o exclusión de la facultad de resolver por incumplimiento el contrato

También se consideran abusivas las cláusulas en que se limite o excluya, de forma inadecuada, la facultad del consumidor de resolver el contrato por incumplimiento del profesional.

La facultad resolutoria de la relación contractual por incumplimiento de la otra parte contratante, es un remedio idóneo para satisfacer el interés del contratante insatisfecho, que le permite desligarse de la relación contractual estableciendo otra que la pueda sustituir.

Tal facultad resolutoria contribuye al equilibrio contractual y, por consiguiente, privar al consumidor de dicha facultad, o limitarla en forma inadecuada, no solo es contrario a la buena fe, sino también perjudicial para él.

Ahora bien, la regla impide la exclusión o limitación de la facultad resolutoria cuando se haya producido de forma inadecuada, fórmula muy abierta y de no fácil concreción.

En términos generales, la limitación o exclusión es adecuada si la facultad resolutoria ha sido sustituida en el contrato por otros remedios concretos que satisfagan plenamente el interés del consumidor.⁷⁰

⁶⁹ Díez-Picazo, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial, págs. 475 y 476.

⁷⁰ Díez-Picazo, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial, págs. 474 y 475.

Declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios y declaraciones de adhesión a cláusulas

Esta regla comprende dos tipos diferentes de cláusulas abusivas: la declaración de recepción o conformidad sobre hechos ficticios; y la declaración de adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tener conocimiento real antes de la celebración del contrato.

La consideración como abusivas de las cláusulas sobre declaración de recepción o de conformidad y su consiguiente nulidad, supone la privación de cualquier valor declarativo que esta cláusula pudiera tener, y al negarle valor declarativo es obvio que la cláusula pretende también desplazar la carga de la prueba en contra del consumidor.

La recepción significa tomar o hacerse cargo uno de lo que le envían, y debe entenderse referida al cumplimiento, sea de una obligación de entrega, sea de una carga o sobre cualquier otro comportamiento del predisponente, cuya recepción se pretenda atribuir al adherente en los contratos a condiciones generales.

Por su parte, en la declaración de conformidad, se trata de la adecuación material del objeto de la obligación que el deudor pretende cumplir según las exigencias establecidas en el contrato y el ordenamiento jurídico.

La abusividad de la cláusula se produce en aquellos casos de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, es decir, sucesos fingidos a los que se da la apariencia de realidad.

En relación con la anterior prohibición, el numeral 9 del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011 considera abusivas las cláusulas o condiciones que presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de ésta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo.

El segundo supuesto se refiere a cláusulas que recogen una adhesión del consumidor a otras cláusulas o condiciones generales respecto de las cuales aquél no haya tenido la oportunidad de conocer o de tomar un conocimiento real antes de la celebración del contrato.

Tal oportunidad de conocer constituye, cuando se trata de condiciones generales, un requisito de incorporación (art. 37 de la Ley 1480 de 2011), por lo que la nulidad sólo tendrá aplicación en aquellos casos en que se trate de cláusulas abusivas no contenidas en condiciones generales, o en que se pueda pretender un control abstracto de las mismas (arts. 3º, num. 1.6; 44, 56 y 57).⁷¹

Los gastos de documentación o transmisión

También se consideran abusivas las cláusulas en que se impongan al consumidor los gastos de documentación y tramitación que por ley imperativa corresponda al profesional.

La nulidad procede, en este caso, de la infracción a una ley imperativa y no, específicamente, de la abusividad intrínseca de la cláusula, porque lo que la norma establece es que no se puedan trasladar al consumidor aquellos gastos que por ley imperativa corresponda satisfacer al profesional, como los gastos de otorgamiento de instrumentos, en especial de escrituras públicas (gastos de documentación), y gastos de tramitación como los relativos a la inscripción en los registros públicos.⁷²

El numeral 11 del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011 considera abusivas las cláusulas que 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.

Cláusulas arbitrales

Igualmente, se consideran abusivas las cláusulas en que se someta al consumidor a arbitrajes distintos al de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por ley para un sector o un supuesto específico.

⁷¹ Díez-Picazo, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial, pág. 478.

⁷² Díez-Picazo, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial, pág. 479.

En términos generales y con independencia de la validez de los pactos arbitrales incluidos en condiciones generales de contratación, en los contratos con consumidores se consideran abusivos los convenios arbitrales de derecho común, lo que puede tener su fundamento en el costo y en la dificultad que para el consumidor pueda significar acudir a estos sistemas de arbitraje, que incluso pueden tramitarse en países distintos con arreglo a derechos distintos y en condiciones que generalmente pueden considerarse especialmente onerosos o como cargas muy difíciles de cumplir.

Por excepción se admiten, naturalmente, los llamados arbitrajes de consumo, establecidos por la ley para la defensa de los consumidores.

También se admiten los arbitrajes de carácter institucional, regulados legalmente para resolver problemas o contiendas dentro de un determinado sector.⁷³

La Ley 1480 de 2011 (art. 43, num. 12) considera abusivas las cláusulas que obliguen al consumidor a acudir a la justicia arbitral, norma que fue derogada expresamente por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012, sobre arbitraje nacional e internacional.

Garantías desproporcionadas

También se consideran abusivas las cláusulas en que se imponen al consumidor garantías desproporcionadas en relación con los riesgos asumidos por el profesional a quien las garantías favorecen.

La expresión “garantías” tiene en este caso un significado amplio, en el que se comprende cualquier tipo de medidas de aseguramiento de las obligaciones y, por consiguiente, cualquier medida que refuerce el derecho del profesional.

El problema que la regla plantea es que, al declarar abusivas las cláusulas de manera general y, por consiguiente, nulas, las garantías no desaparecen en aquella parte en que resulten desproporcionadas, sino en su totalidad, lo que probablemente resulte excesivo.

⁷³ Díez-Picazo, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial, pág. 481.

De todas maneras, el centro de gravedad de la prohibición es la desproporción entre las garantías y la obligación que con ella se trata de asegurar, que puede ser calificada, por consiguiente, como sobre-garantizada.

Puede ser desproporcionada, por ejemplo, la concurrencia de varias garantías que aseguren una única obligación.⁷⁴

El numeral 13 del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011 considera abusivas las cláusulas que restrinjan o eliminen la facultad del usuario del bien para hacer efectivas directamente ante el productor o proveedor las garantías a que hace referencia tal ley, en los contratos de arrendamiento financiero y arrendamiento de bienes muebles.

Plazos excesivamente largos o insuficientemente determinados

Se consideran abusivas las cláusulas que reservan al profesional que contrata con el consumidor, un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual o para satisfacer la prestación debida, así como las que prevean la prórroga automática de un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, fijando una fecha límite que no permita de manera efectiva al consumidor manifestar su voluntad de no prorrogarlo.

Se supone que los plazos excesivamente largos o insuficientemente determinados, debilitan la vinculación del profesional predisponente de las cláusulas y le permiten una situación de superioridad respecto del consumidor.

a. Respecto de los plazos excesivamente largos o insuficientemente determinados para aceptar o rechazar una oferta contractual, es evidente que el supuesto de hecho se refiere a la etapa precontractual de negociaciones previas o preliminares, en la que el consumidor ha realizado una oferta.

⁷⁴ Díez-Picazo, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial, pág. 477.

Para que puedan existir cláusulas es necesario que el período de negociaciones se rija por un contrato rector de éstas, prerredactado por el profesional. El plazo insuficiente o excesivamente largo para aceptar o rechazar la oferta, crea una situación de indefensión para el consumidor, de la que la ley quiere que salga sin demora.

b. Frente a los plazos excesivamente largos o insuficientemente determinados para satisfacer la prestación debida, en esta hipótesis vuelve a aparecer la idea de la debilitación del vínculo, especialmente cuando los plazos se encuentran insuficientemente determinados, que permitirán al profesional manejar la situación a su gusto.

Respecto de la prórroga automática de los contratos de duración determinada, aunque éstos deben concluir al finalizar la duración pactada, la ley no impide que puedan quedar prorrogados si el consumidor no se manifiesta en contra.

Sólo lo prohíbe en aquellos casos en que, para impedir la prórroga, se requiera una declaración de voluntad positiva, para la que se fija una fecha límite que no permita al consumidor manifestar la voluntad de no prorrogar.

En otros términos, se está impidiendo la prosecución de prórrogas no efectivamente deseadas.⁷⁵

Consignación de fechas meramente indicativas

Igualmente se consideran abusivas las cláusulas en que se consigna la fecha de entrega como meramente indicativa, condicionada a la voluntad del profesional.

Se trata de cláusulas inciertas en que se señala la fecha de cumplimiento, pero la misma se desvirtúa asignándole un carácter meramente indicativo y dejándolo a voluntad del profesional. Como en el caso de las condiciones potestativas, con ello se desvirtúa la vinculación contractual, pues será difícil hablar de incumplimiento en tales casos.

⁷⁵ Díez-Picazo, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial, págs. 466 y 467.

Aunque se habla de condiciones de entrega, lo que parecería restringir su aplicabilidad a las obligaciones de dar, no existe inconveniente en admitir una interpretación extensiva de la regla a supuestos de obligaciones de hacer o de no hacer.⁷⁶

El respeto de los compromisos de los mandatarios

Se consideran abusivas las cláusulas en las que se produzca la exclusión o limitación de la obligación del profesional de respetar los acuerdos o compromisos adquiridos por sus mandatarios o representantes.

Se da por supuesto que se trata de mandatarios o representantes con poderes suficientes de representación para obligar y vincular al profesional (incluidos los poderes tácitos de facta concludentia), pues nada impide que éste pueda limitar o revocar, en su caso, tales poderes de representación.

Por consiguiente, si el profesional se encuentra vinculado por los compromisos establecidos por su mandatario o representante, no resulta legítimo, y es sin duda abusivo, que excluya tales compromisos o los limite de cualquier manera, exigiendo, por ejemplo, una ratificación expresa del mismo profesional o de otros órganos de la empresa.

Tal tipo de cláusulas pueden producirse respecto de modificaciones posteriores del contrato, pero pueden producirse también en el momento de la negociación inicial, en el caso de que ésta se encuentre regida por condiciones generales de contratación, o se hubiere suscrito un contrato para la negociación.⁷⁷

Cláusulas relativas al precio

También se consideran abusivas las cláusulas que contengan la estipulación del precio en el momento de la entrega del bien o servicio, o la facultad del profesional para

⁷⁶ Díez-Picazo, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial, pág. 470.

⁷⁷ Díez-Picazo, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial, pág. 470 y 471.

aumentar el precio final sobre el convenido, sin que en ambos casos existan razones objetivas, o sin reconocer al consumidor el derecho a rescindir el contrato si el precio final resultare muy superior al inicialmente estipulado.

El primer tipo indicado corresponde a la llamada “cláusula de reserva del precio”, en la cual el consumidor acepta un precio del que no se conoce su cuantía y cuya determinación se deja en manos del profesional para el momento en que la prestación se haya cumplido. En estos casos, en realidad, no existe precio cierto.

El segundo tipo de cláusulas faculta al profesional para aumentar el precio final. El precio inicialmente fijado es, por consiguiente, solo indicativo, y no impide la posibilidad de que el profesional lo aumente en cualquiera de los factores que deban formarlo.

Es claro que en este caso nos encontramos también en presencia de un precio no cierto y que en este sentido la cláusula es abusiva.

La contundencia que parece existir en la declaración de abusividad de las estipulaciones que permiten al profesional fijar el precio en el momento de la entrega o la de aumentarlo, se tempera, sin embargo, con las siguientes condiciones: que existan razones objetivas y que se reconozca al consumidor el derecho de rescindir el contrato si el precio final resulta muy superior al inicialmente estipulado.

Por razones objetivas se entiende aquellas que excluyen la arbitrariedad y que no dependen de la voluntad del profesional, aunque resulte discutible que puedan considerarse introducidas aquellas que suponen siempre riesgos del contratante, como puede ser el caso del aumento de los costos del producto.

Se discute si la posibilidad que la norma otorga al profesional de fijar el precio en el momento de la entrega o de aumentarlo cuando existan razones objetivas, es independiente del derecho del consumidor de rescindir el contrato, o debe ir en todo caso unida a él, problema que, en beneficio del consumidor, debe resolverse haciendo coincidir ambas posibilidades.

De la regla se excluye la modificación de los precios por el profesional cuando ello signifique adaptación de tales precios a un índice, siempre que los índices deban considerarse legales, lo que parece significar legalmente admitidos y que en las cláusulas se describa suficiente y explícitamente el modo de variación.⁷⁸

La renuncia a la entrega del documento acreditativo de la operación

En las legislaciones especiales de consumo tal tipo de cláusula se considera por lo general abusiva, pues la falta del documento acreditativo de la operación contractual deja al consumidor a merced del profesional, le impide cualquier actividad de carácter probatorio y, por consiguiente, en rigor, introduce un grave factor de arbitrariedad.⁷⁹

La transmisión de errores administrativos y de gestión

También se consideran abusivas las cláusulas en que se contenga una transmisión o traslación al consumidor de las consecuencias económicas que se deriven de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables.

La idea de errores administrativos o de gestión se refiere a un mal funcionamiento de la administración y gestión del profesional, que se manifiesta en la producción de una consecuencia inadecuada durante la ejecución del contrato.

La mayor parte de los supuestos de este error afectará a la realización de la prestación, en cuyo caso tendrá lugar un cumplimiento defectuoso o a la inobservancia de cargas que estén puestas o deban pesar sobre el profesional.

La idea de error no juega aquí como vicio del consentimiento, sino como defecto del cumplimiento de obligaciones o defectuosa inobservancia de cargas.⁸⁰

⁷⁸ Díez-Picazo, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial, págs. 471 y 472.

⁷⁹ Díez-Picazo, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial, pág. 475.

⁸⁰ Díez-Picazo, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial, pág. 479.

Bienes y servicios complementarios o accesorios

Generalmente se consideran abusivas las cláusulas que impongan al consumidor de bienes, la adquisición de servicios accesorios o complementarios no solicitados.

La abusividad de tal cláusula radica en que la imposición de nuevas prestaciones, atenta contra la libertad del consumidor y en que en aquellos casos en que esta nueva prestación no esté suficientemente expresada, el consumidor puede realmente no conocer aquello que contrata.

La abusividad en este caso también podría sustentarse en la sorpresividad de una cláusula semejante y también en que en este tipo de prácticas el profesional realiza con los demás empresarios una competencia que podría resultar no lícita.

De todos modos, la abusividad de la cláusula depende de que los bienes y servicios no hayan sido solicitados por el adherente o consumidor. Por el contrario, la solicitud de los bienes o servicios complementarios por parte del consumidor, descarta la abusividad de la cláusula.⁸¹

Incrementos de precio

También se consideran abusivos los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos por indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso, expresadas con la debida claridad o separación.

El centro de gravedad de la prohibición se ubica en que todas las partidas mencionadas y calificadas como incrementos de precio, deben haber quedado expresadas con la debida claridad y separación, lo cual, en el caso de las condiciones generales, constituye un

⁸¹ Díez-Picazo, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial, págs. 479 y 480.

requisito de incorporación y, en concordancia con ello, que exista la posibilidad de aceptación separada a cada uno de esos casos.⁸²

El reenvío automático a procedimientos administrativos o judiciales de reclamación

También son abusivas las cláusulas que contengan una negativa expresa al cumplimiento de obligaciones o prestaciones propias del productor o suministrador, con reenvío automático a procedimientos administrativos o judiciales de reclamación.

Esta prohibición se relaciona con las que consideran abusivas las limitaciones o privaciones de los derechos normales del consumidor frente al incumplimiento.⁸³

Pactos de sumisión expresa

Suelen también ser abusivos los pactos de sumisión expresa a un juez o tribunal distinto de aquel que corresponda al domicilio del consumidor, al lugar de cumplimiento de la obligación o a aquel en que se encuentre el bien, si éste fuere inmueble.

La razón de la abusividad en este caso es probablemente la misma que en el caso de los arbitrajes: la mayor onerosidad que se puede causar de esta manera al consumidor y la posibilidad de una imposición de cargas de difícil cumplimiento, al tener que litigar éste ante tribunales o foros distintos de aquellos que la ley señala.⁸⁴

Las cláusulas de elección de la ley aplicable

Son también abusivas las cláusulas en que se contenga la sumisión del contrato a un derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor emita su declaración

⁸² Díez-Picazo, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial, pág. 480.

⁸³ Díez-Picazo, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial, pág. 480 y 481.

⁸⁴ Díez-Picazo, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial, pág. 481 y 482.

negocial, o donde el profesional desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza.

Aun cuando la elección de la ley aplicable al contrato es producto de pacto o acuerdo entre las partes, la protección de los consumidores parece exigir una limitación en este terreno, porque, en principio, no se les puede privar de la protección que otorga el derecho del país de su residencia habitual, como quiera que la ignorancia de los derechos extranjeros y los costos que la sumisión del contrato a alguno de ellos pueda suponer, determinan una especial onerosidad.

La limitación consiste en exigir que el país a cuya legislación se remitan las partes, tenga una vinculación objetivamente adecuada con éstas o con el mercado en el que actúan.⁸⁵

Indemnización desproporcionadamente alta

También se consideran abusivas las cláusulas mediante las cuales se imponga una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones.

Tal prohibición se relaciona con la regulación de las cláusulas penales. Al respecto, la declaración de abusividad no impide el ejercicio por el juez de los poderes de ajuste de la pena que la ley le reconoce, de suerte que es de su elección el considerar nula por abusiva la cláusula, privándola de todo efecto, o reducir equitativamente la pena.⁸⁶

La supeditación de los compromisos propios al cumplimiento de formalidades

Respecto de los compromisos propios del profesional, cualquiera que sea la vía o la forma en que hubieren sido adquiridos o celebrados los pactos, no resulta legítimo que la

⁸⁵ Díez-Picazo, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial, pág. 480 y 481.

⁸⁶ Díez-Picazo, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial, pág. 469.

vinculación contractual del profesional, no obstante la existencia del pacto, se supedite a determinadas formalidades posteriores.

En este supuesto también se defrauda la confianza y las reglas generales, en virtud de las cuales la contratación no requiere ninguna formalidad especial.

Tal tipo de cláusulas pueden producirse respecto de modificaciones posteriores del contrato, pero pueden producirse también en el momento de la negociación inicial, en el caso de que ésta se encuentre regida por condiciones generales de contratación, o se hubiere suscrito un contrato para la negociación.⁸⁷

Cláusulas sorprendidas

Una categoría especial de cláusula abusiva son las cláusulas sorprendidas, caracterizadas básicamente por su imprevisibilidad según las circunstancias y la materia objeto del contrato.

La cláusula es sorprendida cuando su uso no sea habitual, o sean tan insólitas que el adherente no alcance a imaginar siquiera que integrarían el contenido del contrato y su incorporación a éste sea inicuo e irracional.⁸⁸

En consecuencia, no basta con que la cláusula sorprendida sea solo inesperada, sino que debe ser también acentuadamente inequitativa, productora de un desequilibrio contractual injustificado, y de subrayada anormalidad, en el sentido de que el adherente razonablemente no contaba con su inclusión en el contrato.⁸⁹

⁸⁷ Díez-Picazo, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial, págs. 470 y 471.

⁸⁸ Se entiende por cláusulas sorprendidas las disposiciones contractuales que, de acuerdo con las circunstancias y naturaleza del contrato, el adherente no ha podido contar con su existencia (Díez-Picazo, Luis, Las condiciones generales de la contratación, pág. 39).

⁸⁹ Las razones por las que el ordenamiento jurídico reacciona frente a ésta clase de cláusulas, teniéndolas por no escritas, como no formando parte del contrato, es porque aparecen como un plus por sobre la generalidad de las cláusulas abusivas. Las cláusulas sorprendidas, además de desnaturalizar el vínculo contractual en detrimento del consumidor, son inusuales e insólitas. La cláusula abusiva es previsible, pues su contenido se conoce por anticipado, lo que no ocurre con

Una cláusula predispuesta es sorpresiva cuando, analizado todo el iter negocial, desde las tratativas iniciales hasta la celebración del contrato, pasando también por la publicidad, contradice de modo importante las expectativas normales que el contrato genera en el adherente, provocando una desnaturalización de la relación de equivalencia por la forma insólita como se integra al contenido del contrato.

Por esta razón se ha instado a los predisponentes para que las cláusulas de contenido inhabitual, susceptibles de sorprender al adherente, queden recogidas de manera visible en el impreso del contrato, o que se haga una referencia a las mismas de manera expresa.

Para definir su existencia y si se encuentran legítimamente incorporadas al contrato, se exige que el predisponente haya informado al adherente, identificándola adecuadamente, la respectiva cláusula (reasonable notice). Las estipulaciones inusuales que de manera inesperada aparecen en las condiciones generales, no forman parte del contrato si son desventajosas para el adherente y no existan razones que justifiquen su existencia en dichas circunstancias (unreasonable and unusual).⁹⁰

Por el contrario, dichas cláusulas están legitimadas si el efecto sorpresa ha desaparecido como consecuencia de una suficiente identificación o referencia contenida en la respectiva condición antes de perfeccionarse el contrato. En ese sentido, cláusula inusual o cláusula sorpresiva son términos equivalentes, ya que el hecho de que una cláusula sea usual impide que se la califique de sorpresiva. En todo caso, lo determinante

las cláusulas sorpresivas, con las que el adherente razonablemente no cuenta o no las espera, pues aparecen subrepticia o clandestinamente, exhibiendo un alto grado de deslealtad contractual. Por eso para que sean eficaces no basta con la firma de cada cláusula específica, sino que se hace necesario llamar la atención del adherente sobre su inclusión en el texto del contrato, y tenerlas por incorporadas al mismo siempre y cuando el cliente haya tenido una efectiva noticia y comprensión de las mismas. Al efecto no son suficientes formas solemnes, ficciones de conocimiento o presunciones de consentimiento (Stiglitz, Rubén, Derecho de seguros, Buenos Aires, 2004, pág.).

⁹⁰ Stiglitz, Rubén, Derecho de seguros, Buenos Aires, 2004, pág.

consiste en establecer si los destinatarios indeterminados de la cláusula podían razonablemente contar con una condición general sorpresiva.

La característica esencial de toda cláusula sorpresiva es que tal carácter se predique con relación al cliente y no con relación al predisponente que es quien la redacta y la impone. El destinatario del efecto sorpresa debe ser el consumidor o usuario, no el sujeto que la predispone.⁹¹

En consecuencia, una cláusula sorpresiva no deja de serlo por el hecho de que sea habitualmente usada por el empresario. Si una cláusula es usual para el adherente, sencillamente no puede ser sorpresiva. Cuando la cláusula conlleva un perjuicio para el usuario o consumidor, además de sorpresiva es abusiva, y su contenido nunca será legítimo así se provea su debida información y hasta su explicación al adherente, o la forma destacada que se emplee para llamar la atención de éste o la especial referencia que de ella se haga.

⁹¹ Stiglitz, Rubén, Derecho de seguros, Buenos Aires, 2004, pág.

Parte Segunda

Características de las cláusulas abusivas

Capítulo I

Predisposición de la cláusula abusiva

Como hemos dicho, un rasgo distintivo de las cláusulas abusivas radica en que las mismas no hayan sido negociadas individualmente, como acontece en los contratos de adhesión a condiciones generales, en los que, como característica típica de tal clase de negociación, se suprimen las tratativas previas y la negociación individual de cada cláusula.

Lo mismo sucede cuando el adherente no haya podido participar o influir en la definición del contenido del contrato, o que dicha participación no haya sido importante: la participación del consumidor en la redacción de algunas condiciones particulares puede ser insignificante frente al contenido global del contrato y de las condiciones generales impuestas unilateralmente por el predisponente.

Aunque el legislador colombiano, a diferencia del español, no haya limitado la definición de cláusula abusiva al concepto de estipulación no negociada, los supuestos más frecuentes e importantes de abusividad tienen lugar en el contexto de los contratos de adhesión con cláusulas predispuestas, y de manera especial en los contratos a condiciones generales, razón por la cual consideramos pertinente incluir dentro de las características de las cláusulas abusivas, al lado del desequilibrio injustificado, los rasgos de predisposición e imposición unilateral que caracterizan a aquéllas.

Aunque el Capítulo II de la Ley 1480 de 2011 (arts. 37 a 41), no contiene una definición legal de condiciones generales, por éstas entendemos las cláusulas predispuestas (es decir, no negociadas individualmente), cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes (el predisponente), con independencia de la autoría material de las

mismas (pues puede ser un tercero), redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.⁹²

De acuerdo con lo anterior, los requisitos para calificar una cláusula predispuesta como condición general de contratación son, cumulativamente, los siguientes: 1. Contractualidad⁹³; 2. Predisposición (preparación unilateral); 3. Imposición (predisposición unilateral); y 4. Uniformidad o generalidad.⁹⁴

⁹² De acuerdo con el artículo 1º de la Ley española 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación (LCGC), son condiciones generales de contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

⁹³ Las condiciones generales están llamadas a ser parte, como segmento predispuesto, del contenido del contrato perfeccionado por el consentimiento de las partes sobre un objeto y su contraprestación (causa). La función de las condiciones generales es dotar al contrato de un programa normativo (reglamentario), aunque dicho programa no brote de las fuentes formales previstas por el legislador (ley, reglamento, uso o costumbre), sino de la voluntad de una de las partes (predisponente) y de la adhesión de la otra. La validez de las condiciones generales es contractual y no normativa en el sentido de que proviene de las declaraciones de voluntad de las dos partes del contrato: el acto de predisposición del profesional o empresario (preparación e imposición), y el acto de adhesión del adherente (rechazo o aceptación). En ese sentido, las condiciones generales tienen carácter contractual y valen como una declaración de las partes, al margen de las fuentes de integración normativa. Sin embargo, la fuente de legitimación negocial de los contratos de adhesión a condiciones generales no es el consentimiento, sino el cumplimiento de los requisitos formales de incorporación establecidos en la ley. En otras palabras, la contractualidad de las condiciones generales (como parte integrante del contenido del contrato), no permite afirmar que la obligatoriedad de las mismas derive del consentimiento de las partes, sino del cumplimiento de los requisitos de incorporación previstos en la ley.

⁹⁴ Dicho requisito hace alusión a la posibilidad de que las condiciones generales sean incorporadas al contenido de una pluralidad de contratos, o mejor, que hayan sido preparadas con el propósito de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. Por tanto, no se trata de que sean uniformes o iguales las condiciones generales de todos los contratos del mismo tipo que celebre el empresario, sino de que exista la intención o el propósito de incorporar al contenido de una pluralidad de contratos tales condiciones generales. Prueba de dicha generalidad podría ser la demostración de que el bien o servicio que constituye el objeto del contrato se produce o distribuye en forma masiva, sin que sea necesario probar que dicha condición general se encuentra incorporada en otro contrato que tiene por objeto el mismo bien o servicio.

La predisposición (preparación unilateral)

Este requisito se refiere a la necesidad de que las condiciones generales hayan sido preparadas con anterioridad a la conclusión del contrato al que se incorporan, ya sea por el propio predisponente o por un tercero.⁹⁵

Lo relevante para que una cláusula sea considerada predispuesta, es que la misma no haya sido preparada o formulada antes de la celebración del contrato, es decir, que no haya habido negociación entre las partes en la fase precontractual.

Por tanto, no son cláusulas predispuestas (y, en consecuencia, no son condiciones generales), aquellas cláusulas redactadas unilateralmente antes de la celebración del contrato, tras una fase de negociación entre las partes.

Para efectos de la predisposición es indiferente la autoría material de las condiciones: como hemos visto, pueden ser redactadas por el predisponente o por un tercero (otros empresarios, organizaciones o asociaciones empresariales, o simplemente encargada su elaboración a abogados, o copiado su texto de formularios o modelos preimpresos), con independencia también de su apariencia externa o de su extensión.

Ahora bien, a la potestad del predisponente de preparar unilateralmente el contenido normativo del contrato, corresponde también el deber de transparencia a su cargo, deber que se concretiza en la obligación del predisponente de garantizar que el adherente conozca efectivamente los derechos y deberes que se derivan del contrato, mediante una redacción clara y comprensible de las condiciones generales (art. 37, num. 2, Ley 1480 de 2011), en especial de las que establecen el monto total del precio y su relación con el bien o servicio objeto de la contraprestación.

Por otra parte, la ley española presume la falta de negociación de las condiciones generales en los contratos celebrados con consumidores, presunción iuris tantum en

⁹⁵ Las condiciones generales son preparadas o redactadas previamente, bien por el predisponente o por un tercero.

virtud de la cual corresponde al predisponente la carga de la prueba cuando pretenda los efectos de una determinada cláusula que haya sido negociada de forma individual.

Por aplicación del principio contra proferentem, corresponde a éste probar, si pretende excluir el carácter general de las condiciones, la existencia de negociación individual.

El adherente, en otros términos, no tiene que probar la imposibilidad de negociación o la falta efectiva de ésta.⁹⁶

Imposición unilateral

Lo que singulariza, sin embargo, el carácter de condición general de una cláusula contractual, no es sólo su preparación unilateral sino principalmente su imposición, es decir, la ausencia de consentimiento.

En efecto, son condiciones generales las cláusulas relativas a los aspectos normativos del contrato, los cuales no son objeto de elección entre las diferentes ofertas del mercado, como ocurre con el bien o servicio y su contraprestación, susceptibles de consentimiento.⁹⁷

⁹⁶ (Díez-Picazo, Fundamentos, tomo I, pág. 446).

⁹⁷ Las condiciones generales son preparadas previamente, como hemos dicho, por el predisponente o por un tercero, con el propósito de ser aplicadas a los contratos suscritos con el adherente. La nota clave de las condiciones generales, sin embargo, es que las mismas son impuestas por el predisponente de manera unilateral al adherente (un consumidor, por ejemplo), sin que éste tenga ocasión de discutir el contenido de dichas condiciones, limitándose simplemente a rechazar o aceptar la celebración del contrato. Para que existan condiciones generales es necesario que la incorporación de las mismas a cada contrato concreto sea impuesta por una de las partes, el predisponente, a la otra, que por esta razón se llama adherente. La imposición unilateral de las condiciones generales significa que si el adherente quiere el contrato, lo tiene que querer, necesariamente, con ese contenido, si pretende obtener el bien o servicio al que el contrato se refiere. También significa falta de negociación individual de las condiciones generales, no porque dicha negociación sea imposible, sino porque ella, de facto, no existe, o porque la negociación no conduce a resultado alguno. Puede haber, como ocurre en el

Más que a la preparación de las condiciones generales, la predisposición se refiere en estricto sentido a la imposición unilateral de las mismas al adherente, sin la posibilidad para éste de discutir su contenido.

Las condiciones generales exigen que su incorporación al contrato sea impuesta en cada contrato concreto por una de las partes, el predisponente, a la otra, el adherente.

En consecuencia, las condiciones generales se corresponde con la idea general de adhesión: si el adherente quiere el contrato, o el bien o servicio que constituye su objeto, lo tiene que querer en los términos fijados unilateralmente por el predisponente, con el contenido precisamente definido por éste.⁹⁸

La adhesión en este caso equivale a falta de negociación o la negación de efectos a cualquier negociación.⁹⁹

contrato de seguro, condiciones particulares negociadas libremente entre las partes que sustituyen determinadas condiciones generales. El hecho de haber existido negociación respecto de algunas cláusulas, y de haberse insertado una condición particular en el contrato, no significa, sin embargo, que queda excluido el carácter de condiciones generales del conjunto o del resto de ellas.

⁹⁸ Ley 1480 de 2011, art. 5º, num. 4 (contrato de adhesión): aquel en que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no pueda modificarlas o hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas.

⁹⁹ Las condiciones generales, entendidas como cláusulas impuestas por el predisponente para ser incorporadas a una pluralidad de contratos, son distintas a las condiciones particulares de los contratos de adhesión a condiciones generales, caracterizadas por su negociación individual, la que corresponde probar en todo caso al predisponente.

Capítulo II

Desequilibrio injustificado

En primer lugar, el concepto de equilibrio contractual se refiere al contenido jurídico o normativo del contrato (por oposición al contenido económico del mismo), es decir, la reglamentación prevista en el contrato para disciplinar las relaciones obligatorias que nacen entre las partes, excepto las que tienen relación con el precio y el bien o servicio que constituye su contraprestación.

En otros términos, el concepto de equilibrio jurídico recae sobre los elementos no consentidos del contrato, ya que estos no son tenidos en cuenta por el consumidor en el momento de decidir si contrata o no contrata con un oferente determinado.

Por el contrario, tanto el precio como el bien o servicio que constituye su contraprestación, son los únicos elementos en que el consumidor repara a la hora de decidir si contrata o no contrata con un oferente determinado.¹⁰⁰

Para juzgar el carácter objetivamente equilibrado de una cláusula es preciso confrontarla con un modelo de referencia que proporciona el derecho dispositivo y que representa el equilibrio de derechos y obligaciones de las partes previsto por el legislador en abstracto.

¹⁰⁰ La ley española excluyó del control del contenido las cláusulas que se refieran a elementos esenciales del contrato: la apreciación del carácter abusivo no se referirá a la definición del objeto principal, ni a la adecuación entre precio y retribución, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. Se pretende con dicha prohibición evitar el control judicial de precios, y que la determinación del contenido económico del contrato se mantenga en manos de las partes, no del juez. La razón de tal limitación es que el precio o la contraprestación no son elementos impuestos por el empresario, sino libremente discutidos por las partes. (Pertíñez Vílchez, Francisco, Contratos de adhesión, 1634); y Miquel, José María, en Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación, pág. 934: “El equilibrio perseguido por el control de contenido es un equilibrio jurídico relativo a los derechos y obligaciones, no un equilibrio económico entre las prestaciones, es decir, no se refiere a la equivalencia entre objeto y precio”).

Ahora bien, la mera contravención de una cláusula a lo dispuesto por el derecho dispositivo permite concluir que produce un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, porque el propio derecho dispositivo prevé la posibilidad de que las partes escojan una regulación distinta de sus intereses, que se adecúe mejor a sus necesidades concretas de cada caso, siempre que se respeten los límites trazados por la ley imperativa.¹⁰¹

Por otra parte, según lo exige expresamente el propio artículo 42 de la Ley 1480 de 2011, para que una cláusula impuesta pueda ser considerada como abusiva, no basta con que la misma produzca un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, sino que tal desequilibrio ha de ser injustificado, es decir, carente de razones que de manera suficiente lo justifiquen.

En este sentido, no cualquier desequilibrio es suficiente para calificar una cláusula de abusiva, pues de hecho habrá un número considerable de cláusulas predisuestas que, atendiendo las circunstancias del caso concreto, se separan de manera justificada del derecho dispositivo.

No todas las cláusulas que limiten o priven al consumidor de derechos reconocidos por normas dispositivas, por ejemplo, son abusivas.

En síntesis, por desequilibrio objetivo del contenido normativo del contrato no debe entenderse la mera contravención del derecho dispositivo, sino la contravención injustificada del mismo, lo que supone que el juicio de abusividad no sólo tenga por objeto comprobar la existencia misma del desequilibrio en los derechos y obligaciones del contrato, sino también definir, teniendo en cuenta las condiciones particulares del mismo, la suficiencia de las razones que puedan justificarlo.

Una vez se haya comprobado el desequilibrio producido por la cláusula en cuestión, es preciso valorar si la misma, conforme a las circunstancias de cada caso concreto, a pesar de apartarse del modelo equilibrado que representa el derecho dispositivo, es o no

¹⁰¹ Pertíñez Vílchez, Francisco, Contratos de adhesión, 1634.

abusiva según se halle suficientemente justificada por la distribución de derechos y obligaciones que se haya hecho en el resto del contrato, por la naturaleza del bien o servicio objeto del mismo o por las circunstancias concurrentes al momento de su celebración.

En este juicio circunstanciado o etapa discursiva del juicio de abusividad, y no en la mera desviación del derecho dispositivo, es donde verdaderamente se define el carácter abusivo de una cláusula concreta de contenido jurídico.

Parte Tercera

Control y efectos de las cláusulas abusivas

Capítulo I

Prohibición general de abuso

La regulación de la abusividad en los contratos de consumo, con estipulaciones negociadas o no negociadas, se articula en Colombia en torno a una prohibición general de abuso (art. 42) y una lista indicativa y no exhaustiva, más o menos indeterminada (gris o negra, según el caso), de cláusulas abusivas (art. 43).

La prohibición general de abuso, a su vez, se estructura a partir del concepto de desequilibrio injustificado y de la necesidad de valoración de todas las condiciones particulares del contrato. El juicio de abusividad tiene por objeto, precisamente, la definición tanto del desequilibrio contractual, como de la suficiencia de las razones que, en un caso concreto, teniendo en cuenta la condiciones particulares del contrato (valoración circunstanciada) puedan justificar tal desequilibrio.

Para el efecto, el juez debe sopesar, con la ayuda de algún criterio metodológico (proporcionalidad, razonabilidad, racionalidad), las razones que juegan a favor o en contra de la abusividad de la cláusula que examina, con aplicación, igualmente, de los principios y reglas especiales de interpretación de los contratos con cláusulas predispuestas.

Las disposiciones mencionadas (arts. 42 y 43) tienen por finalidad definir qué se entiende por cláusula abusiva.

La primera, mediante la incorporación de una definición general de cláusula abusiva, centrada, como hemos dicho, en el concepto de desequilibrio injustificado y en la

valoración conjunta de todas las condiciones particulares del contrato y que pretende ser comprensiva de todos los supuestos posibles de abusividad. La segunda, mediante una lista enunciativa y no exhaustiva de cláusulas abusivas, frecuentemente utilizadas en los contratos celebrados con consumidores.¹⁰²

A diferencia del español, el legislador colombiano no limitó el concepto de cláusula abusiva a las estipulaciones predispuestas o no negociadas, a pesar de ser éstas, en especial los contratos de adhesión a condiciones generales, los supuestos más frecuentes e importantes de la contratación de consumo, sino, simplemente, en el concepto de desequilibrio injustificado, situación que debe ser valorada teniendo en cuenta las condiciones particulares de cada contrato en concreto.¹⁰³

La ley, por otra parte, establece un control de contenido específico (control de abusividad),¹⁰⁴ distinto del aplicable en general a todos los contratos, por más que algunas de las cláusulas prohibidas en la lista del artículo 43 coincidan con normas imperativas de carácter general, como ocurre con el supuesto previsto en el numeral 10, relacionado con las cláusulas que incluyan el pago de intereses no autorizados legalmente.

Con el propósito de dar cabida a una multiplicidad de hipótesis que se irían perfilando en la práctica judicial, la prohibición general de abuso centra su definición de cláusula abusiva en un concepto genérico e indeterminado, el desequilibrio injustificado, que imparte al juez sólo una directriz para la búsqueda de la norma de decisión en la que se irá concretando la prohibición general y con la que se define el carácter abusivo de una cláusula en cada caso concreto.¹⁰⁵

¹⁰² Miquel, José María, en Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación, pág. 894.

¹⁰³ Giraldo López, Alejandro y otros, Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor, pág. 114.

¹⁰⁴ Sobre las razones que justifican y fundamentan tal control específico de abusividad, Miquel, José María, en Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación, pág. 896 a 905.

La indeterminación normativa de la prohibición general de abuso

El artículo 42 establece una prohibición general de abuso, que proscribe en contra del predisponente la posibilidad de que el mismo imponga, como contenido normativo del contrato, cláusulas que produzcan, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio injustificado en el cuadro de derechos y obligaciones derivados del contrato.

Como hemos visto, tal prohibición general de abuso, lo mismo que cada uno de los supuestos que conforman la lista ejemplificativa del artículo 43, antes del juicio circunstanciado de abusividad, tiene una validez prima facie, es decir, no prohíbe de forma definitiva o categórica la imposición de una cláusula que produzca cualquier desequilibrio en el contenido normativo del contrato, sino aquel desequilibrio que sea además injustificado, en el sentido de arbitrario o carente de razones que de manera suficiente lo justifiquen.

De acuerdo con lo anterior, la aplicación judicial de la prohibición general de abuso exige dos presupuestos lógicos: en primer lugar, que se establezca la existencia de un desequilibrio en el contenido normativo del contrato; en segundo término, establecido lo anterior, que se definan las razones que puedan justificar dicho desequilibrio.

Tales extremos constituyen el objeto de las etapas declarativa y discursiva, respectivamente, del juicio de abusividad.

El problema central que plantea la aplicación judicial de la prohibición general de abuso es que dicha norma presenta un alto grado de apertura e indeterminación que impide al juez deducir directamente del artículo 42 los anteriores presupuestos.

En otras palabras, el artículo 42 no proporciona criterios o elementos de juicio de los cuales el juez pueda inferir cuándo existe un desequilibrio en el contenido normativo del

¹⁰⁵ Pertíñez Vilchez, Francisco, Contratos de adhesión, 1631; y Miquel, José María, en Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación, págs. 931 a 934.

contrato, ni cuándo unas razones concretas son suficientes para justificar dicho desequilibrio.

Tal indeterminación hace que el juez, cuando tenga necesidad de definir la abusividad de una cláusula, impuesta de manera unilateral por el predisponente, deba emprender un proceso de concretización mediante el cual defina lo que está permitido, prohibido u ordenado desde el punto de vista de la prohibición general de abuso (art. 42) o de la lista enunciativa de cláusulas abusivas (art. 43), teniendo en cuenta las condiciones particulares del caso concreto.

Tal concretización consiste en un proceso de interpretación contractual, teleológico-objetiva, mediante el cual el juez define la existencia de un desequilibrio en el contenido normativo del contrato, así como la suficiencia de las razones que puedan justificar tal desequilibrio.

La etapa discursiva consiste, precisamente, en un proceso de interpretación mediante el cual se define el contenido concreto de la prohibición general de abuso frente al desequilibrio que provoca en el contrato la imposición, por el predisponente, de la cláusula en cuestión, deducido previamente en la etapa declarativa.

En la etapa discursiva del juicio de abusividad se ventilan, como se verá más adelante, las razones que juegan a favor y en contra de la catalogación de dicha cláusula como abusiva, colisión que se resuelve mediante un proceso de ponderación que adelanta el juez con la ayuda de algún criterio de concretización normativa (proporcionalidad, razonabilidad o racionalidad).

El resultado de tal ponderación es una norma que sirve de premisa mayor en la fundamentación interna del fallo con que se define la abusividad de la cláusula en cuestión.

Los criterios de concretización señalados (proporcionalidad, razonabilidad o racionalidad), permiten al juez definir el contenido normativo de la prohibición general de abuso (art. 42), o de cada una de las prohibiciones incluidas en la lista de cláusulas

abusivas (art. 43), frente a un caso concreto de imposición unilateral de una condición general determinada.

Con la ayuda de tales criterios metodológicos, el juez define el carácter abusivo de una condición general determinada.

Relación entre la prohibición general de abuso y la lista de cláusulas abusivas

Como hemos visto, la doctrina distingue entre listas negras y grises de cláusulas abusivas, en la medida en que unas u otras contengan conceptos jurídicos indeterminados que exijan valoraciones circunstanciadas, de manera que en ciertos casos las cláusulas puedan ser consideradas abusivas y en otros no.

En este sentido, la lista del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011 es gris, o por lo menos mixta, en la medida en que mezcla prohibiciones precisas con otras que requieren la determinación de ciertos conceptos, y en cualquier caso, remiten a la prohibición general de abuso del artículo 42, pues independientemente de que una cláusula se subsuma en alguno de los supuestos de la lista, dicha disposición, para efectos de considerarla abusiva, exige que la cláusula produzca, en detrimento del consumidor, un desequilibrio injustificado, teniendo en cuenta las condiciones particulares del contrato.¹⁰⁶

El hecho de que un supuesto concreto no se halle incluido expresamente dentro de la lista del artículo 43 no significa la validez de la cláusula concreta que lo contenga, pues debe acreditar también su conformidad con los requisitos exigidos por la prohibición general de abuso al efecto, relacionados con el equilibrio injustificado de obligaciones y derechos y juicio de abusividad circunstanciado.

No cabe argumentar a contrario en este caso, pues las cláusulas o condiciones que no se encuentren en la lista no siempre, dependiendo de las condiciones particulares del

¹⁰⁶ Miquel, José María, en Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación, págs. 952 y 953.

contrato, serán válidas a la luz de la prohibición general de abuso, en la medida en que su imposición produzca un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor.¹⁰⁷

Pero la lista, en la medida en que contiene supuestos considerados prima facie abusivos, sí puede proporcionar puntos de partida para argumentos de analogía y argumentos a contrario, que contrastados con los requisitos de la prohibición general de abuso, permitan considerar, definitivamente, una cláusula como abusiva.

Recuérdese que, en la medida en que una cláusula se subsume en alguno de los supuestos de la lista establecida en el artículo 43, se presume de hecho un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor, debiendo el predisponente, para desmontar tal presunción, aportar las razones o argumentos que justifiquen el desequilibrio de derechos y obligaciones derivados del contrato.

¹⁰⁷ Miquel, José María, en Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación, pág. 953.

Capítulo II

Juicio de abusividad

Concepto

Por juicio de abusividad se entiende el conjunto de actuaciones judiciales cuyo propósito es tanto la interpretación como la aplicación estrictu sensu de la prohibición general de abuso o de la lista de cláusulas abusivas, previstas en los artículos 42 y 43 de la Ley 1480 de 2011.

En un sentido aun más limitado, por juicio de abusividad se entiende las actuaciones adelantadas por el juez para definir si una cláusula o condición es o no abusiva.

El juicio de abusividad consiste también en un proceso de concretización normativa mediante el cual el juez define la suficiencia de las razones que puedan justificar un desequilibrio producido en el contenido normativo del contrato en perjuicio del consumidor, o la ponderación circunstanciada que hace el juez de las razones que aducen las partes predisponente y adherente en un contrato de consumo para definir si una cláusula o condición es o no abusiva.

Para el caso colombiano y en el marco del derecho contractual del consumo, mediante el juicio de abusividad se define lo que, desde el punto de vista de la prohibición general de abuso o de la lista de cláusulas abusivas de los artículos 42 y 43 de la Ley 1480 de 2011, está ordenado, permitido o prohibido al predisponente cuando celebra un contrato de consumo e impone unilateralmente al consumidor el contenido normativo del contrato.

Tal concretización normativa la realiza el juez con la ayuda de algún criterio metodológico como el de proporcionalidad, racionalidad o razonabilidad.

Justificación

El control que supone el juicio de abusividad se justifica por la posibilidad que tiene dicho mecanismo de equilibrar la facultad que ostenta el predisponente de imponer unilateralmente el contenido normativo del contrato, frente a la dificultad que tiene el consumidor de elegir libremente entre las diferentes ofertas del mercado.

El desequilibrio estructural en que se hallan las partes en los contratos celebrados con consumidores, y la posibilidad de abuso del predisponente sobre el extremo débil de la relación, justifica la tutela de las normas de consumo, entre las que se encuentran las que regulan el juicio de abusividad o el control material sobre las cláusulas o condiciones impuestas unilateralmente como contenido normativo del contrato.

Los presupuestos sobre los que se asienta la autonomía privada, la libertad y la igualdad de las partes del contrato, se rompen cuando el predisponente se dedica profesionalmente a la producción o comercialización en masa de bienes y servicios, y el adherente o consumidor acude a la contratación para satisfacer sus necesidades de consumo.

Las razones que explican la desigualdad negocial de las partes en los contratos de consumo son, en primer término, el desequilibrio informativo y, en segundo lugar, la facultad del empresario de predisponer unilateralmente el contenido normativo del contrato.

Es claro el desequilibrio informativo entre quien celebra de manera habitual una pluralidad de contratos del mismo tipo y quien contrata ocasionalmente para satisfacer necesidades de consumo.

Entre el empresario que conoce a la perfección los productos y servicios que él mismo produce o distribuye en masa (y en especial los riesgos que pueden acaecer a lo largo del contrato y que trata de trasladar a la otra parte), y el adherente o consumidor, que es la parte legítima de la relación.

La quiebra del principio de autonomía privada se explica, por otro lado, por la posibilidad que tiene el profesional de predisponer unilateralmente el contenido del contrato, como ocurre con la imposición de condiciones generales, a las que tiene que adherir forzosamente el consumidor o usuario si quiere contratar el bien o servicio que requiere.

Si bien el empleo de tales condiciones generales es necesario en la contratación en masa, es también indudable que ello conlleva que el contenido del contrato sea el reflejo exclusivo de los intereses negociales del empresario predisponente.

De acuerdo con lo anterior, en las relaciones de consumo existe un desequilibrio estructural (desequilibrio de mercado), y no una mera situación de desequilibrio ocasional derivada de la situación de necesidad, ingenuidad o inexperiencia de un contratante concreto, desequilibrio estructural que justifica un régimen especial de protección de la parte débil de las relaciones contractuales en masa, caracterizadas por la asimetría informativa y la desigualdad negocial de las partes, y que más que una limitación de la libertad privada, se debe concebir como una limitación al poder de predisposición del contenido contractual (límite de límite), del sector de la oferta sobre el de la demanda, con el objeto de restablecer el equilibrio de una paridad rota por un fallo estructural del mercado.¹⁰⁸

¹⁰⁸ Pertíñez Vílchez, Francisco, La contratación en el ámbito de las relaciones con consumidores (significación del contrato en las distintas ramas del ordenamiento), en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, Tratado de contratos, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, reimpresión, pág. 284. Incluso desde una perspectiva liberal no se podría sostener que el garante de la autonomía del consumidor en la contratación en masa sea el mercado (y la posibilidad de elección entre distintas alternativas), pues el mercado no ha servido para equilibrar el contenido de las relaciones de consumo, ya que no son penalizados ni expulsados aquellos competidores que utilizan sus ventajas informativas y su facultad de imposición unilateral de condiciones generales para establecer un contenido contractual sólo favorable a sus intereses. Tampoco en una situación de competencia perfecta (ausencia de monopolios u oligopolios, o de acuerdos entre empresas competidoras sobre las condiciones de bienes y servicios), existe un desequilibrio entre el sector de la oferta y la demanda, dada la distinta atención que el empresario y el consumidor prestan a los distintos aspectos del contrato. El consumidor dirige su atención al precio y su relación con el bien o servicio que constituye la contraprestación, y en atención de estos aspectos, y no en los que constituyen el contenido normativo del contrato, adopta su decisión de contratar o no. Tal desatención del contenido normativo del contrato, permite al profesional reglamentar unilateralmente los aspectos distintos del precio y de la contraprestación, en perjuicio del

El juicio de abusividad de las cláusulas no negociadas individualmente, frente a las cuales no vale la regla general del *pacta sunt servanda*, se fundamenta también en las peculiaridades de la adhesión a las condiciones generales como fuente de legitimación negocial frente al consentimiento.

La fuerza vinculante de las condiciones generales deriva de una fuente de legitimación distinta de la autonomía de la voluntad, toda vez que las mismas pasan a formar parte del contrato cuando el adherente acepte su incorporación y se cumplan los requisitos establecidos en la ley al efecto, exigencias que se relacionan con la transparencia del proceso de incorporación, y que se cumple con la puesta a disposición del adherente del contrato y con su redacción clara, comprensible y completa.

La adhesión representa un acuerdo sobre la incorporación de las condiciones generales al contrato, pero no respecto de cada una de las condiciones individualmente consideradas, toda vez que el cumplimiento de los requisitos de incorporación no supone su conocimiento por parte del adherente, quien no tiene otra alternativa que el rechazo o la aceptación en bloque del contrato.

No existe, por tanto, ni libertad ni autodeterminación del adherente respecto del contenido de las condiciones generales, ni un consentimiento libre y consciente, ya que no existen en el mercado opciones alternativas sobre el contenido de tales condiciones.

El juicio de abusividad constituye entonces la garantía del equilibrio del contrato frente a la falta de conocimiento y libertad propia del acto de adhesión, ya que las condiciones generales no son tenidas en cuenta a la hora de contratar, y que los requisitos de incorporación tratan pero no aseguran el conocimiento efectivo de las mismas.

Por otra parte, la falta de conocimiento de las condiciones generales también puede producir un perjuicio para el adherente, que tiene que ser corregido por el control de

adherente y sin que ello comporte una pérdida de clientela. El empresario tratará de captar clientela reduciendo el precio a costa de empeorar las condiciones normativas del contrato (págs. 285 a 287).

contenido, como ocurre, por ejemplo, en el caso de las cláusulas sorpresivas o de las que inciden en la determinación de las condiciones principales del contrato (precio y contraprestación), las cuales pueden producir una alteración del equilibrio económico pactado o un falseamiento de la competencia.¹⁰⁹

Objeto

El objeto o finalidad del juicio de abusividad es el control material de las cláusulas o condiciones incorporadas al contenido normativo de los contratos celebrados con consumidores y la nulidad de las que resulten abusivas.¹¹⁰

Tal control de contenido se articula en torno a una norma general, la prohibición de abuso del artículo 42 de la Ley 1480 de 2011, según la cual son abusivas aquellas cláusulas que, en perjuicio del consumidor, causen un desequilibrio injustificado de los derechos y obligaciones derivados del contrato; así como de una lista de cláusulas prima facie o presuntamente abusivas, negra o gris según su grado de indeterminación normativa.

El control de contenido, como garantía de la autonomía de la voluntad frente al déficit de libertad, implica una valoración del equilibrio objetivo de las cláusulas normativas del contrato y la nulidad de aquéllas que causen en perjuicio del consumidor un desequilibrio injustificado de los derechos y obligaciones derivados del contrato.

Como garante de tal autonomía frente a la falta de conocimiento típica de la adhesión, el control de contenido elimina aquellas cláusulas o condiciones que sean abusivas, sorprendentes o que alteren el valor de la oferta en el mercado, y frente a la imposición de tales cláusulas o condiciones, la defensa de la autonomía consistirá en sustituir el

¹⁰⁹ Pertíñez Vílchez, Francisco, Contratos de adhesión, ob. cit., pág.1628.

¹¹⁰ En los contratos de consumo son nulas las cláusulas o condiciones que, luego del control de contenido, resulten abusivas. Como garantía de los derechos de los consumidores, el control de las cláusulas abusivas tiene su ámbito propio en los contratos de adhesión (cláusulas no negociadas o predispuestas, como sucede con los contratos a condiciones generales (arts. 3º, num. 1.6; y 44 de la Ley 1480 de 2011), mientras que el abuso de la posición dominante de un empresario frente a otro empresario se sujeta a las normas generales de la nulidad contractual.

desequilibrio en la regulación de los derechos y deberes de las partes por un equilibrio objetivo definido en un caso concreto.¹¹¹

Desequilibrio de los derechos y obligaciones

Para que una cláusula contractual pueda ser considerada abusiva, la prohibición general de abuso exige que la misma produzca, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio injustificado en los derechos y obligaciones derivados del contrato.

Esta regla de decisión representa el control de contenido es su acepción más clásica, pues se trata de valorar el equilibrio de la reglamentación contenida en las cláusulas o condiciones del contrato mediante la confrontación con la reglamentación que objetivamente se considere justa o equilibrada.

Para juzgar el carácter objetivamente equilibrado de una cláusula es preciso confrontarla con un modelo de referencia, modelo que viene dado por el derecho dispositivo que representa el equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes previsto por el legislador en abstracto.

Sin embargo, no se puede considerar que una simple contravención al derecho dispositivo sea motivo suficiente para calificar una cláusula como abusiva, pues el propio derecho dispositivo prevé que las partes pueden regular de manera distinta, dentro de los límites marcados por la ley imperativa, el contenido normativo del contrato, de modo que se adecúe a sus necesidades y preferencias según el tipo de contrato celebrado y a las circunstancias concretas de cada caso.

En ese sentido, el legislador exige que se trate de un desequilibrio injustificado, y no de cualquier desequilibrio. Existe un buen número de cláusulas o condiciones que se separan del derecho dispositivo y que, pese a ello, no pueden ser consideradas abusivas por estar plenamente justificadas según las circunstancias de cada caso concreto.

¹¹¹ Pertíñez Vílchez, Francisco, Contratos de adhesión, ob. cit., pág.1628.

De esta manera, no todas las cláusulas que limiten o priven al consumidor de derechos reconocidos por normas dispositivas son abusivas, pues además de su disconformidad con esas normas, tales cláusulas deben introducir un desequilibrio injustificado en el contenido del contrato, esto es, una ruptura carente de motivos que de manera suficiente la justifiquen, apreciada de manera circunstanciada según las especificidades de cada caso en particular.¹¹²

El control del equilibrio objetivo del contrato debe entenderse, en resumen, no como una mera contravención del derecho dispositivo, sino como una contravención injustificada, lo que supone una valoración de la cláusula en cuestión de acuerdo a las circunstancias de cada caso, con el propósito de determinar si, pese apartarse del modelo equilibrado que representa el derecho dispositivo (la regulación legal de cada tipo contractual específico), no es abusiva por estar justificada por la distribución de derechos y obligaciones que se haya hecho en el resto del contrato (contexto contractual), por la naturaleza del bien o servicio objeto del mismo o por las circunstancias concurrentes al momento de su celebración.

Es en el contexto de este juicio circunstanciado, y no en la mera desviación del derecho dispositivo, donde se debe poner el acento para determinar el carácter abusivo o no de una cláusula de contenido jurídico.

Por tanto, la valoración que supone el juicio de abusividad, debe comprender, entre otros, los siguientes elementos:

(a) La naturaleza del bien o servicio objeto del contrato

Este elemento puede hacer que una cláusula no sea abusiva en un contrato que tuviera por objeto un bien o servicio determinado y que, por el contrario, sí lo sea en otro

¹¹² Pertíñez Vílchez, Francisco, Contratos de adhesión, ob. cit., pág. 1635.

contrato, incluso realizado por el mismo predisponente, sobre un bien o servicio de naturaleza distinta.¹¹³

(b) Contexto contractual

El resto del contrato, en efecto, puede compensar el carácter desequilibrado de una cláusula con otras cláusulas del mismo contrato. De esta manera, una cláusula que establece una prórroga tácita de un contrato si el consumidor no denuncia en un plazo determinado (cláusula que es prima facie abusiva), puede, dependiendo del caso, ser válida en vista de otra que impone al predisponente, con una antelación razonable, el deber de avisar al consumidor el vencimiento del plazo y de advertirle de las consecuencias de su silencio.

Una cláusula que, considerada en abstracto, es prima facie desequilibrada o abusiva, puede no serlo si se la considera en relación con las demás cláusulas del mismo contrato, como sucede cuando una disposición contractual rompe en detrimento del consumidor el principio sinalagmático de negarse al cumplimiento de la obligación propia por incumplimiento de la recíproca (*exceptio non adimpleti contractus*), que se ve compensada por otra que establece a cargo del predisponente la obligación de constituir una fianza que garantice la devolución de las cantidades pagadas, tanto en caso de incumplimiento como de cumplimiento defectuoso o insolvencia del constructor.

En un caso concreto, consideradas las circunstancias de una situación específica, la función de garantía que cumple el principio sinalagmático, puede ser sustituida por la constitución de una fianza, razón que puede ser suficiente por sí sola para justificar la validez de la cláusula del contrato.

En la valoración del carácter abusivo de una cláusula de contenido normativo por su desequilibrio objetivo, no debe tenerse en cuenta el precio del contrato, pues, como hemos dicho, el control de las cláusulas de contenido normativo se justifica porque las mismas no son tomadas en cuenta por el consumidor a la hora de contratar.

¹¹³ Pertíñez Vílchez, Francisco, Contratos de adhesión, ob. cit., pág. 1635.

Sin embargo, de manera excepcional, un precio más bajo puede legitimar en un momento dado la validez de una cláusula de contenido normativo cuando ésta sea asumida de manera consciente por el consumidor, como ocurre en los casos de elección de tarifas, pero en dicho evento la cláusula en cuestión deja de ser una condición general para convertirse en una cláusula plenamente consentida que escapa, por tanto, al control de contenido.¹¹⁴

(c) Las circunstancias existentes en el momento de la contratación

Estas son de naturaleza objetiva, como el poder de negociación de las partes, el control o la posición dominante de éstas en el mercado, o las atinentes a las características de éste, a los usos del tráfico en un determinado sector, las condiciones tecnológicas de cada momento, la publicidad que se haya hecho de un bien o servicio, etc.

Las circunstancias que inciden en la abusividad de una determinada cláusula pueden ser también las particulares de cada contrato, como los tratos previos con un cliente determinado, las relaciones anteriores con un mismo cliente, la apariencia externa del contrato, los hechos del predisponente anteriores a la celebración del contrato, todo lo cual puede tener incidencia en el juicio de sorpresividad, como quiera que en un caso concreto pueden generar en el consumidor una expectativa especial sobre el contenido del contrato que puede ser frustrada por una cláusula o condición.

Tales circunstancias deben valorarse conjuntamente, sin que unas excluyan a las otras.¹¹⁵

¹¹⁴ Pertíñez Vílchez, Francisco, Contratos de adhesión, ob. cit., pág.1637.

¹¹⁵ Pertíñez Vílchez, Francisco, Contratos de adhesión, ob. cit., pág.1637.

La estructura del juicio de abusividad

La estructura general del juicio de abusividad la definen los presupuestos de aplicación de las normas legales de que se trate, concretamente la prohibición general de abuso y la lista de cláusulas presuntamente abusivas, previstas en los artículos 42 y 43 de la Ley 1480 de 2011, respectivamente.

Como hemos visto, la prohibición general de abuso establece que son cláusulas abusivas aquellas que, en perjuicio del consumidor, producen un desequilibrio injustificado y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos.

Frente a la facultad de imponer de manera unilateral el contenido normativo del contrato, dicha prohibición significa que el predisponente debe, prima facie, abstenerse de introducir cláusulas o condiciones que produzcan desequilibrios en perjuicio del consumidor, o que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el mismo puede ejercer sus derechos.

La validez prima facie de dicha prohibición significa que el predisponente puede válidamente, mediante la imposición unilateral de cláusulas o condiciones, introducir un desequilibrio en el contenido normativo del contrato, siempre que tal desequilibrio se encuentre suficientemente justificado.

En otros términos, la prohibición general de abuso no prohíbe de forma definitiva o categórica cualquier desequilibrio en el contenido normativo del contrato, sino aquellos desequilibrios contractuales que no se encuentren suficientemente justificados.

En este sentido, sólo serán abusivas las cláusulas o condiciones que, además de producir un desequilibrio en el contenido normativo del contrato, sean injustificadas, y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo y lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos.

Injustificado significa arbitrario o no fundado en razones que de manera suficiente justifiquen tal desequilibrio en el contenido normativo del contrato, o en los derechos y obligaciones derivados del mismo.

De acuerdo con lo anterior, tres son los presupuestos que de manera cumulativa exige la aplicación de la prohibición general de abuso:

(a) En primer lugar, que se defina cuándo, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso concreto, una cláusula o condición produce, en detrimento del consumidor, un desequilibrio en el contenido normativo del contrato.

(b) En segundo lugar, establecida la existencia de un desequilibrio en el contenido normativo del contrato, que se defina la suficiencia de las razones que puedan justificar dicho desequilibrio.

Un desequilibrio suficientemente justificado equivale a una estipulación válidamente impuesta por el predisponente. Por el contrario, un desequilibrio contractual injustificado equivale a una cláusula abusiva, que el juez tiene la obligación de excluir del contenido normativo del contrato.

(c) Por último, establecida la existencia de un desequilibrio injustificado, o lo que es lo mismo, de una cláusula abusiva, el juez ha de definir la forma como se debe reparar la ilicitud que supone dicha cláusula abusiva, bien mediante la expulsión de la misma del contenido normativo del contrato, o bien mediante tal nulidad y la reparación de los daños causados al adherente, según el caso.¹¹⁶

¹¹⁶ En materia de contratos de consumo, cabe mencionar la nulidad parcial del contrato por contener cláusulas abusivas y la revocación a instancia del consumidor o *ius poenitendi* (arts. 3º, num. 1.6; 44 y 47 de la Ley 1480 de 2011). La nulidad parcial de los contratos que contienen cláusulas abusivas es una modalidad especial de ineficacia mediante la cual se sancionan las infracciones a normas imperativas contenidas en las leyes especiales de protección de consumidores, entendiéndose que las cláusulas nulas han de ser sustituidas por las legales, sin que haya de atenderse a la voluntad hipotética de los contratantes para mantener en vida el contrato rectificado. Sólo en caso de producirse una situación no equitativa de las posiciones de las partes, habrá lugar a la nulidad total del contrato. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno

Los anteriores extremos constituyen los presupuestos lógicos de aplicación de la prohibición general de abuso, a los que corresponden, respectivamente, las etapas declarativa, discursiva y reparativa del juicio de abusividad.

La finalidad de la etapa declarativa es establecer la existencia de un desequilibrio en el contenido normativo del contrato, es decir, si el predisponente, mediante la imposición de una cláusula o condición, produce, en detrimento del consumidor o adherente, un desequilibrio en los derechos y obligaciones derivadas del contrato.

Por su parte, la finalidad de la etapa discursiva es ponderar, verificada la existencia del desequilibrio introducido por el predisponente mediante la cláusula o condición en examen, la suficiencia de las razones que puedan justificar dicho desequilibrio, pues, como hemos dicho, un desequilibrio suficientemente justificado representa una estipulación contractual válidamente impuesta por el predisponente, en tanto que un desequilibrio injustificado representa una cláusula abusiva que el juez debe excluir como contenido normativo del contrato.

La etapa discursiva tiene entonces por objeto resolver la colisión que suponen las razones que tuvo el predisponente para imponer unilateralmente una cláusula o condición determinada, frente a las razones que tiene el consumidor o adherente para oponerse a ella.

derecho y se tendrán por no puestas en el contrato. La parte de éste afectada por la nulidad se integrará con arreglo al principio de buena fe. El juez que declare la nulidad dispondrá de facultades moderadoras respecto de las obligaciones y derechos de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Respecto de la revocación a instancia del consumidor (derecho de desistimiento), aquél podrá revocar su declaración de voluntad sin necesidad de alegar causa alguna, dentro del plazo establecido por la ley, el cual es irrenunciable. El ejercicio de esta facultad excepcional no está sujeto a forma y se configura en la ley española como una causa de anulabilidad con un régimen especial. Las partes deberán, en consecuencia, restituirse recíprocamente las prestaciones y el consumidor no reembolsará cantidad alguna por disminución del valor de la cosa por su uso normal, y se le reembolsarán los gastos necesarios y útiles. Al respecto, véase Castán Tobeñas, José, Derecho civil español (común y foral), págs. 808 y 809.

Dicha colisión es resuelta por el juez mediante la ponderación de las razones en disputa. En éste sentido, el objeto de la etapa discursiva es definir cuáles de las razones contrapuestas deben prevalecer en un caso concreto en que se discuta la abusividad de una cláusula o condición determinada.

La etapa discursiva se explica, por otra parte, por la validez prima facie de la prohibición general de abuso del artículo 42 de la Ley 1480 de 2011. Dicha disposición, como hemos dicho, no prohíbe cualquier desequilibrio en el contenido normativo del contrato, sino el desequilibrio arbitrario o carente de razones que de manera suficiente lo justifiquen.

Ahora bien, la suficiencia de las razones que puedan justificar un desequilibrio en el contenido del contrato, la define el juez con la ayuda de algún criterio metodológico de concretización normativa, ya se trate del principio de proporcionalidad o de los criterios de racionalidad o razonabilidad.

De esta manera, sólo los desequilibrios justificados de acuerdo con alguno de tales criterios, es decir, los desequilibrios razonables o proporcionados, constituyen estipulaciones contractuales válidas, pese a ser impuestas unilateralmente por el predisponente.

Cuanto más y mejores sean las razones que sustentan la cláusula o condición impuesta unilateralmente por el predisponente, estará justificado su mantenimiento definitivo como una cláusula válida del contrato. Se tratará entonces de una estipulación contractual razonable o proporcionada, en el sentido de no arbitraria.

Por el contrario, cuanto más y mejores sean las razones que tiene el adherente para oponerse a la cláusula o condición, estará justificada su calificación como cláusula abusiva y su exclusión como contenido normativo del contrato.

Finalmente, la prohibición general de abuso no sólo proscribe, como hemos visto, los desequilibrios injustificados, sino que también establece la sanción de las cláusulas que resulten abusivas, ordenando su exclusión del contenido normativo del contrato (nulidad parcial), y la reparación de los daños que su adopción haya producido al adherente o consumidor.

Para el juez, el problema radica no tanto en la fundamentación de tal derecho a la reparación, que se desprende de la prohibición general de abuso o de sus normas complementarias, sino en la definición de los criterios que permitan establecer en cada caso concreto dicha reparación.

La etapa discursiva del juicio de abusividad

La finalidad de la etapa discursiva, como hemos visto, es definir la suficiencia de las razones que puedan justificar un desequilibrio en el contenido normativo del contrato, producido por el profesional o empresario mediante la imposición unilateral de las cláusulas o condiciones en examen.

En otras palabras, en tal etapa se establecen las normas particulares que sirvan de premisa mayor en la fundamentación interna del fallo con que se defina la abusividad de una cláusula o condición determinada.¹¹⁷

Tales normas particulares son el resultado del proceso de concretización de la prohibición general de abuso o de la lista de cláusulas abusivas estatuidas directamente por los artículos 42 y 43 de la Ley 1480 de 2011, estructuradas, como hemos dicho, a partir del concepto de desequilibrio injustificado.

Ahora bien, la suficiencia de las razones que puedan justificar un desequilibrio en el contenido normativo del contrato, la define el juez con la ayuda de algún criterio metodológico (como puede ser el principio de proporcionalidad) que le permita especificar o concretizar disposiciones legales con un alto grado de apertura e indeterminación normativa.

En la etapa discursiva, en efecto, el juez pondera las razones que juegan a favor o en contra de la cláusula o condición que produce un desequilibrio en el contenido normativo del contrato, es decir, establece una “relación de precedencia condicionada” (bedingte

¹¹⁷ Bernal, Carlos, El principio de proporcionalidad, ob. cit., pág. 637-645.

Vorrangrelation)¹¹⁸ entre las razones que sustentan el mantenimiento o la exclusión de tal cláusula o condición del contenido normativo del contrato.

En otras palabras, sólo si se ha definido previamente la existencia de un desequilibrio, producido por una cláusula o condición impuesta unilateralmente por el profesional o empresario, tiene sentido indagar si la misma es o no abusiva.

La estructura de la etapa discursiva

Establecida la existencia de un desequilibrio en el contenido normativo del contrato, producido por la imposición unilateral de una cláusula o condición concreta, corresponde al juez definir la suficiencia de las razones que puedan justificar dicho desequilibrio.

A partir de la existencia de tal desequilibrio contractual, el juez ha de ponderar, con la ayuda de algún criterio de valoración (proporcionalidad, racionalidad o razonabilidad), las razones fácticas y jurídicas que permitan definir la abusividad de tal cláusula o condición.¹¹⁹

De acuerdo con lo anterior, la etapa discursiva del juicio de abusividad persigue los siguientes objetivos:

(a) Definir la suficiencia de las razones que puedan justificar el desequilibrio contractual derivado de la imposición unilateral de una cláusula o condición concreta. Dicha definición la logra el juez mediante la ponderación de las razones fácticas y jurídicas que

¹¹⁸ Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2ª edición, 2007 (Bernal, Carlos, traductor), págs. 67-76. De allí que la existencia de dicho desequilibrio constituya el presupuesto lógico de la etapa discursiva y de la aplicación del principio de proporcionalidad en el marco del juicio de abusividad, pues sólo si se ha definido previamente la existencia de tal desequilibrio, tiene sentido indagar por la suficiencia de las razones que puedan justificarlo.

¹¹⁹ Bernal, Carlos, El principio de proporcionalidad, pág. 637-645.

juegan a favor o en contra de mantener tal cláusula o condición (pretensión del predisponente), o, por el contrario, excluirla del contenido normativo del contrato (pretensión del adherente);

(b) Definir y fundamentar la norma particular de decisión que sirve al juez de premisa mayor al fallo con que se define la abusividad de la cláusula o condición en examen, como quiera que en la etapa discursiva el juez adelanta el proceso de concretización normativa mediante el cual se define el contenido de la prohibición de general de abuso (art. 42), o de la lista de cláusulas presuntamente abusivas (art. 43) frente a un caso concreto de imposición unilateral de una cláusula o condición.

Además de servir como límite objetivo frente a la facultad del predisponente de imponer de manera unilateral el contenido del contrato, y de criterio para valorar la suficiencia de las razones que puedan justificar un desequilibrio contractual concreto, los criterios metodológicos de concretización normativa (proporcionalidad, racionalidad o razonabilidad), sirven para definir y fundamentar la norma de decisión mediante la cual se concretiza el contenido normativo de la prohibición general de abuso, y que sirve de premisa mayor en la fundamentación interna del fallo con que se define la abusividad de una determinada cláusula o condición.

El resultado de tal proceso es una norma de decisión que define lo que al predisponente le está prohibido, permitido u ordenado desde el punto de vista de la prohibición general de abuso (art 42) o de la lista de cláusulas presuntamente abusivas (art. 43).

Tal norma particular de decisión expresa la relación de precedencia condicionada de las razones fácticas o jurídicas que juegan a favor o en contra del mantenimiento de la cláusula o condición cuestionada, o de su exclusión como contenido normativo del contrato.

La aplicación de los mencionados criterios metodológicos en el marco del juicio de abusividad se explica por la función que cumplen tales criterios en la concretización de normas que, como la prohibición general de abuso, se caracterizan por su alto grado de indeterminación normativa, así como por la validez prima facie de la misma, pues, en efecto, el artículo 42 de la Ley 1480 de 2011 no prohíbe cualquier desequilibrio en el

contenido normativo del contrato, sino los desequilibrios contractuales que sean, además, injustificados.

La valoración de la suficiencia de las razones que puedan justificar un desequilibrio contractual producido por la imposición unilateral de una cláusula o condición determinada, la efectúa el juez con la ayuda de tales criterios.

Capítulo III

Valoración circunstanciada de la abusividad

Según el artículo 42 de la Ley 1480 de 2011, para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza.¹²⁰

Como hemos visto, una cláusula es abusiva si produce un desequilibrio injustificado en el contenido del contrato, para definir lo cual el juez debe efectuar un juicio de abusividad, teniendo en cuenta todas condiciones particulares del contrato.

A tal consideración de las condiciones particulares del contrato, o a los elementos que las integran (la naturaleza del contrato, las condiciones de celebración del mismo, etc.), es a lo se refiere la doctrina cuando habla de valoración circunstanciada del juicio de abusividad, así como al proceso mismo mediante el cual se ponderan las razones que juegan a favor o en contra para considerar una cláusula como abusiva, lo que tiene lugar precisamente en la etapa discursiva de aquél juicio.

Ponderación circunstanciada

La imposición unilateral de una cláusula o condición, cuya exclusión del contenido del contrato pretende el consumidor por considerarla abusiva, supone una colisión de razones que juegan a favor y en contra de su posible abusividad, que el juez debe definir con la ayuda de algún criterio objetivo de valoración (proporcionalidad, racionalidad o razonabilidad).

Por una parte, las razones que sustentan la pretensión del predisponente a favor del mantenimiento de la cláusula o condición y, por la otra, las que sustentan la pretensión

¹²⁰ Dicha disposición corresponde al artículo 82 del TRLGDCU, según el cual el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato, y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro del que éste dependa (num. 3).

del consumidor adherente a favor de la exclusión de tal cláusula o condición del contenido normativo del contrato.

Tal colisión la resuelve el juez estableciendo una relación de precedencia entre ambos grupos de razones (las de predisponente y las del adherente), condicionada por las circunstancias especiales del caso concreto.

Bajo unas circunstancias diferentes, la relación de precedencia puede ser distinta, pues las colisiones de éste tipo tienen lugar en la dimensión del peso específico de cada una de las razones que entran en colisión, de acuerdo con las circunstancias del caso concreto.

En los casos concretos, tales razones tienen un peso diferente y en la colisión entre ellas prima la razón con un peso mayor.

Dicho peso es definido por el juez mediante la ponderación de las razones fácticas y jurídicas en juego.

El criterio metodológico utilizado permite al juez establecer, en unas circunstancias determinadas, la relación de precedencia entre las razones que tiene el predisponente para mantener la cláusula o condición cuestionada y las que tiene el adherente o consumidor para pretender su exclusión del contenido normativo del contrato.

Si en unas circunstancias determinadas priman las razones aducidas por el predisponente a favor del mantenimiento de la cláusula o condición cuestionada, significa entonces que la misma supera las exigencias del criterio de valoración escogido y que la cláusula no puede considerarse abusiva.

En dicho caso, la cláusula o condición en cuestión constituye una estipulación contractual válida que hace parte del contenido normativo del contrato.

Por el contrario, si en unas circunstancias distintas, las razones que fundamentan la pretensión del adherente preceden a las que tuvo el predisponente al imponer unilateralmente la cláusula o condición en cuestión, significa entonces que tal imposición

y el desequilibrio que provoca en los derechos y obligaciones del contrato, es injustificada por carecer de las razones que de manera suficiente la justifiquen, debiendo el juez declarar la abusividad de la cláusula, su consecuencial nulidad y su exclusión como parte del contenido normativo del contrato.

El resultado de la ponderación

Que las razones del predisponente o del adherente, según el caso, primen unas sobre otras significa que debe aplicarse la consecuencia jurídica que la prohibición general de abuso establezca según los resultados del proceso de su concretización.

Las circunstancias en que unas razones prevalecen sobre otras, constituye el supuesto de hecho de la norma de decisión con que el juez define la abusividad de la cláusula o condición en cuestión.

En este sentido, resolver un caso de abusividad de una determina cláusula mediante el empleo de algún criterio objetivo de concretización (proporcionalidad, racionalidad o razonabilidad), es establecer una regla de decisión que se fundamenta a partir de las razones relevantes de la ponderación.

La ley de colisión expresa el hecho de que entre las razones que sustentan la pervivencia de la cláusula o condición impuesta unilateralmente (pretensión del predisponente), y las que sustentan su exclusión como contenido normativo del contrato, su nulidad e incluso la indemnización de perjuicios (pretensión del adherente), no existe una relación de precedencia absoluta, sino relaciones de precedencia condicionada.¹²¹

Cuando bajo unas circunstancias determinadas, las razones del predisponente prevalecen sobre las que sustentan la pretensión del adherente o consumidor por ser conformes con el criterio de concretización empleado, la cláusula o condición objeto de control debe estimarse válida y parte integrante del contenido normativo del contrato.

¹²¹ En la fijación de tal relación de precedencia concurren por igual, e incluso se complementan los métodos de la ponderación, propia de los principios, y de subsunción propia de las reglas (Bernal, pág.).

La validez de la cláusula constituye la consecuencia jurídica de la norma de decisión.¹²²

Por el contrario, si bajo unas circunstancias distintas, las razones del adherente o consumidor prevalecen sobre las que sustentan la pretensión del predisponente (la validez y mantenimiento de la cláusula o condición impuesta por él de forma unilateral), la cláusula en cuestión debe estimarse abusiva por incumplir las exigencias del criterio de concretización empleado, debiendo, en consecuencia, ser excluida o declarada nula como contenido normativo del contrato.

La nulidad en este caso constituye la consecuencia jurídica que se deriva del cumplimiento del supuesto de hecho de la norma de decisión derivada del criterio de concretización empleado.¹²³

Las consecuencias jurídicas que apareja la realización del supuesto de hecho de la norma de decisión son diversas y se refieren a la validez de la cláusula o condición objeto del control, al deber de reparación, a la carga de argumentación, etcétera.

De acuerdo a lo anterior, en las circunstancias en que las razones del predisponente tengan prelación sobre las del adherente, es decir, en el caso en que aquellas satisfagan las exigencias del criterio de valoración empleado, el juez deberá considerar justificada la cláusula o condición objeto de control y declarar su validez como parte integrante del contrato.

¹²² Si bajo unas circunstancias específicas (C1), las razones del predisponente (Gp) prevalecen sobre las razones del adherente (Ga), es decir, C1 (Gp **P** Ga), entonces adquiere validez una norma de decisión (Nd) cuyo supuesto de hecho es C1 y F su consecuencia jurídica (la validez de la cláusula o condición impugnada): Nd (C1)→F.

¹²³ Si bajo unas circunstancias distintas (C2), las razones que fundamentan la pretensión del adherente (nulidad de la cláusula o condición), prevalecen sobre las que sustentan la pretensión del predisponente, es decir, C2 (Ga **P** Gp), entonces adquiere validez la norma de decisión (Nd), cuyo supuesto de hecho es C2 y F su consecuencia jurídica (nulidad de la cláusula o condición objeto de control): Nd (C2)→F.

En consecuencia, la cláusula o condición cuestionada mantendrá su validez por su conformidad con el criterio de valoración principio y adquirirá validez definitiva para el caso concreto.

En términos del artículo 42 de la Ley 1480 de 2011, tal cláusula, así produzca en detrimento del adherente un desequilibrio en el contenido normativo del contrato, constituye un desequilibrio justificado.

Por el contrario, si en unas circunstancias distintas, las razones del adherente tienen prelación sobre las del predisponente, bien porque de acuerdo con el criterio de valoración seleccionado tienen más peso o valor, o bien porque se aplique algún criterio de interpretación favorable al adherente (in dubio pro adherente, por ejemplo), el juez deberá declarar abusiva la condición bajo examen, declarar su nulidad y excluirla del contenido normativo del contrato.

Elementos de la valoración circunstanciada

El juicio circunstanciado de abusividad hace relación a las “condiciones particulares del contrato” a que se refiere el artículo 42 de la Ley 1480 de 2011.

Tales condiciones particulares son básicamente las siguientes, cuya valoración debe hacerse conjuntamente, sin que unas excluyan las otras: la naturaleza del bien o servicio objeto del contrato (a); las otras partes o cláusulas del contrato (b); y las circunstancias particulares existentes en el momento de su celebración (c).

La naturaleza del bien o servicio objeto del contrato

Un bien o servicio puede hacer que una cláusula sea considerada abusiva en un contrato determinado, y no abusiva en otro contrato que tenga como objeto el mismo bien o servicio, dependiendo, por ejemplo, que se trate de una prestación única.¹²⁴

Las demás cláusulas o partes del contrato

¹²⁴ Pertíñez Vílchez, Francisco, Contratos de adhesión, 1635.

El resto del contrato o las demás cláusulas del mismo, pueden compensar el desequilibrio producido por la cláusula prima facie considerada abusiva.¹²⁵

Las circunstancias generales o particulares existentes en el momento de la celebración del contrato

Tales circunstancias generales pueden ser de naturaleza objetiva, como las atinentes a las características de un determinado mercado, a los usos del tráfico de un determinado sector, a las condiciones tecnológicas de cada momento, a la publicidad que se haya hecho de un bien o servicio, etc.

Las circunstancias que inciden en el juicio de abusividad pueden ser también las particulares de cada contrato, como pueden ser los tratos previos con un cliente determinado, las relaciones contractuales anteriores con el mismo cliente, hechos particulares del predisponente anteriores a la celebración del contrato, etc.¹²⁶

¹²⁵ Pertíñez Vílchez, Francisco, Contratos de adhesión, 1636.

¹²⁶ Pertíñez Vílchez, Francisco, Contratos de adhesión, 1637.

Capítulo IV

Reglas especiales de interpretación

Según el artículo 4º de la Ley 1480 de 2011, las normas de la misma deberán interpretarse de la forma más favorable al consumidor, y en caso de duda, se resolverá en favor de éste.

Seguidamente establece esa misma disposición que en lo no regulado por la Ley 1480 de 2011, en tanto no contravengan los principios de ésta, se aplicarán las reglas contenidas en el Código de Comercio o en el Código Civil, si se trata de asuntos de carácter sustancial.

Por su parte, el artículo 34 de la Ley 1480 de 2011 establece que las condiciones generales de los contratos serán interpretadas de la manera más favorable al consumidor y, en caso de duda, prevalecerán las cláusulas más favorables a éste sobre aquellas que no lo sean.

De lo anterior se puede concluir lo siguiente:

1. La Ley 1480 de 2011 establece dos reglas especiales de interpretación, una general (art. 4º) y otra específica (art. 34), aplicable la primera a todos los contratos de consumo (negociados o de adhesión), y la segunda únicamente a los contratos de adhesión a condiciones generales.

La primera regla es una concreción, en el plano de la interpretación de los contratos de consumo, del principio general pro consumatore; la segunda lo es en el plano aún más concreto de los contratos con cláusulas predispuestas y, dentro de éstos, de los contratos a condiciones generales;

2. Las reglas especiales de interpretación de la Ley 1480 de 2011 singularizan, como hemos visto, junto a otros criterios, el derecho contractual de consumo frente al derecho común de contratos (civil y comercial), y la insuficiencia de las reglas tradicionales de

interpretación de éste explica la existencia de las establecidas en los artículos 4º y 34, por ser más adecuadas para la protección de los consumidores.

No obstante la especialidad de las normas del derecho contractual de consumo, el legislador, a través de normas de remisión como el inciso final del artículo 4º de la Ley 1480 de 2011, establece la coordinación y acomodación de aquéllas con el derecho común de contratos, pues los remedios especiales son compatibles con los del derecho común cuando se trata de un mismo supuesto de hecho, o al menos cuando existe identidad de sus circunstancias relevantes, o satisfagan un fin análogo.

En defecto de norma expresa, la compatibilidad o no de los remedios debe resolverse a través de las siguientes reglas y principios:

1. No redundancia, que exige dotar de algún contenido a las normas especiales;
2. El principio de especialidad;
3. El principio de interpretación favorable al consumidor (inc. 3º del artículo 4º de la Ley 1480 de 2011), que, en caso de duda, obliga a adoptar la solución que suponga mayor tutela;
4. El principio de protección de los consumidores, que obliga a elegir, entre las interpretaciones posibles de una norma, aquella que conduzca a una posición más favorable para el consumidor.¹²⁷

Las reglas de interpretación del derecho común (1618 a 162 del Código Civil)¹²⁸, se hallan construidas sobre la idea de contrato como obra común de la voluntad y libertad de ambas partes contratantes, situadas en pie de igualdad.

¹²⁷ García Vicente, José Ramón, *Contratación con consumidores*, págs. 1449 a 1451.

¹²⁸ En cuanto a los criterios que deben presidir la interpretación de los contratos, existen dos tendencias o escuelas: la clásica, subjetivista o de la autonomía de la voluntad, según la cual la

Tal esquema tradicional, que corresponde al arquetipo liberal del contrato, resulta difícilmente aplicable a los contratos de adhesión o a los contratos predispuestos por una de las partes, en los que la otra (el simple adherente), sólo participa mediante su aceptación o rechazo, en unas condiciones de libertad y de voluntad notoriamente disminuidas.

Ello dio lugar a que la jurisprudencia, desde antiguo, y ante la falta de normas de protección de carácter imperativo, aplicara a los contratos predispuestos (no sólo como puro criterio interpretativo, sino también como medio concreto de control de las condiciones generales de contratación), la llamada *interpretatio contra stipulatorem*.¹²⁹

Elementos de la interpretación

La interpretación sirve para fijar el sentido de lo querido y manifestado por las partes, para establecer qué se ha querido efectivamente decir con las palabras empleadas por las ellas y qué efectos jurídicos se derivan de dicha voluntad.

Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas (*in claris non fit interpretatio*).

interpretación debe investigar la común intención de las partes (en lo que éstas hayan previsto, no le es lícito al juez prescindir de la voluntad de ellas) ; y la moderna u objetivista, según la cual el juez debe inspirarse, no en esa supuesta voluntad común de las partes o en los intereses que les mueve a contratar, los que son generalmente opuestos, sino en el significado normal y usual de sus declaraciones de voluntad, en cómo entiende la generalidad de las gentes una determinada conducta, en el sentido que por lo general se atribuye al comercio jurídico o el fin económico o el efecto que persiguen las partes con la ejecución de las obligaciones que se derivan del contrato o del principio de buena fe. Los efectos del contrato no son sólo los queridos por las partes, sino los derivados de la buena fe, del uso y de la ley, superiores a la voluntad de los contratantes. Los códigos civiles modernos combinan criterios subjetivos de interpretación con criterios objetivos que matizan, templan y complementan el rigor de aquellos. Castán Tobeñas, José, *Derecho civil español (común y foral)*, págs. 715 y 720.

¹²⁹ Díez-Picazo y Ponce de León, Luis, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Tomo I (Teoría del contrato), págs. 513 y 514.

La interpretación, en consecuencia, sólo es necesaria cuando para resolver dudas o ambigüedades no basten los términos que se trata de interpretar. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de las partes, prevalecerá ésta sobre aquéllas.

Tal intención ha de ser común a los contratantes y evidente o manifiesta, para lo cual ha de atenderse a los actos de éstos, anteriores, coetáneos y posteriores al contrato.

En los actos preparatorios del contrato puede encontrarse precisamente el mejor indicio de la voluntad de los interesados.

Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberá entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos que los interesados se propusieron contratar.

Por otra parte, los enunciados incompletos deben suplirse por las cláusulas que según el uso o la costumbre del lugar suelen en tal tipo de contratos.

En el caso de cláusulas dudosas, las mismas deberán interpretarse unas con otras (interpretación sistemática), atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.

Sería ilógico o irrazonable entender que las contradicciones que se deriven de los términos del contrato sean realmente queridas por las partes (interpretación lógica).

Las cláusulas o palabras que admitan diversos sentidos, deberán entenderse en el más conforme a la naturaleza y objeto del contrato, y en el más adecuado para que produzca algún efecto (significado útil), y entre varios significados útiles el más aprovechable para alcanzar la finalidad económica del contrato, pues ha de presumirse que las partes se propusieron hacer una cosa efectiva y aprovechable, no una ilusoria o impracticable.

El uso o la costumbre del país (el lugar de celebración o de ejecución) se tendrá en cuenta para interpretar las ambigüedades del contrato (elemento consuetudinario). Las prácticas observadas, reiteradas y admitidas completan la exégesis del contrato.

La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no favorecerán a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad, como sucede con frecuencia en los contratos de adhesión y en los concertados a través de condiciones generales (seguro, por ejemplo), en los que tal oscuridad es imputable a una sola parte (interpretación contra proferentem).

Si las dudas recaen sobre aspectos accidentales del contrato, si éste fuere gratuito, se resolverán en el sentido de la menor transmisión de derechos e intereses, y si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en el sentido de la mayor reciprocidad de intereses.

Si las dudas recayesen sobre el objeto principal del contrato, y las mismas no puedan resolverse o conocerse la real intención de las partes, agotados los esfuerzos para la conservación del contrato, deberá declararse la nulidad del mismo.

Las últimas reglas se denominan cláusulas de cierre, de aplicación subsidiaria cuando no sea posible averiguar la intención común de las partes mediante los otros criterios de interpretación (elementos técnico-jurídicos y de equidad contractual).¹³⁰

La regla de la prevalencia

Esta regla se aplica con carácter general a los contratos con condiciones generales, cualquiera sean las condiciones personales de los contratantes.¹³¹

¹³⁰ Castán Tobeñas, José, Derecho civil español, págs. (págs. 723-729).

¹³¹ Tras la elaboración de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de la Unión Europea y de las normas legales a que su incorporación en los Estados miembros dio lugar (en España, las leyes sobre condiciones generales y de protección de consumidores y usuarios), el tema de las reglas especiales de interpretación de los contratos de adhesión a condiciones generales celebrados con consumidores, ha adquirido un notable desarrollo. Respecto de la regla de la prevalencia, el artículo 6 de la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de Contratación (LCGC), establece: "Cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares específicamente previstas para ese contrato, prevalecerán éstas sobre aquéllas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente". Díez-Picazo, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial, págs. 513 y 514.

El fundamento de tal disposición radica en que las condiciones particulares reflejan mejor la voluntad de las partes que las condiciones generales. Las condiciones particulares, en cuanto fueron singular y particularmente concertadas para un contrato determinado, son las que real y verdaderamente revelan la deliberada y manifiesta intención de las partes, derogando o anulando lo consignado en las condiciones generales.

En principio, la regla de la prevalencia funciona cualquiera que sea la forma, oral o escrita, que adopten las condiciones particulares, incluso en los casos en que las condiciones generales hayan recogido una regla de forma escrita, siendo entonces un problema de prueba de la existencia de la condición particular.

En el mismo sentido, la conducta de las partes en la ejecución del contrato puede ser un indicio de la existencia, incluso tácita, de una condición particular o, por lo menos, de la exclusión para el caso de la condición general.¹³²

Interpretación de las condiciones generales

Los contratos con condiciones generales están sometidos a unas reglas especiales de interpretación, es decir, distintas a las previstas con carácter general en el derecho civil.

La prevalencia de las condiciones especiales sobre las generales; la prevalencia de la interpretación más benéfica para el adherente; o la resolución de las dudas a favor de éste, son ejemplos de ellas.

Prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales

La primera regla (las condiciones particulares prevalecen sobre las generales), está llamada a resolver las contradicciones entre dos cláusulas claras de un mismo contrato, y se fundamenta en el distinto título de legitimación negocial en que se basa cada una de ellas: el consentimiento en las primeras y el acto de adhesión en las segundas.

¹³² Castán Tobeñas, José, Derecho civil (común y foral), pág. 514.

La primacía de las condiciones particulares sobre las generales se basa, en efecto, en la prevalencia que el ordenamiento jurídico en general otorga a la voluntad común de las partes en la interpretación del contrato, toda vez que las cláusulas particulares no sino las cláusulas consentidas (criterio que levemente matiza la regla, propia de la interpretación general de los contratos, que privilegia ante todo la voluntad común de las partes).

Incluso la regla de la interpretación más favorable al adherente cede ante la regla que otorga preferencia a la autonomía de la voluntad en la determinación del contenido contractual.

En efecto, en caso de duda o contradicción entre dos cláusulas de un contrato, ha de prevalecer el contenido consentido frente al impuesto en el acto de adhesión, lo que eleva a la regla de la prevalencia de las condiciones particulares en el primer nivel entre los distintos criterios de interpretación.

Conforme a ello, en primer lugar habrá de atenderse a la voluntad común de las partes, expresada sobre el precio y el objeto del contrato, para estimar si de la misma puede derivarse una razón válida que sirva para esclarecer el sentido de una condición general.

Frente a la interpretación subjetiva (que atiende a la voluntad común de las partes), las condiciones generales pueden también interpretarse de forma objetiva, con atención del principio de la buena fe, que exige que las cláusulas contractuales sean interpretadas de modo que el sentido que se les atribuya sea el más acorde para alcanzar los resultados típicos o normales perseguidos por las partes que celebran el contrato, lo que excluye interpretaciones que conduzcan a resultados inesperados (cláusulas sorprendentes), por ser extraños o extravagantes al contenido natural del contrato que se celebra o ejecuta (interpretación según la naturaleza y objeto del contrato e interpretación según los usos).

Interpretatio contra proferentem

La segunda regla, en cambio, al establecer el deber de interpretar las dudas en el sentido más favorable al adherente (interpretatio contra proferentem), se dirige a resolver problemas interpretativos sobre el sentido de una condición general concreta que resulta

dudosa, lo que demanda una tarea previa de interpretación sobre la existencia de la misma duda, de acuerdo con los criterios generales.

Ahora bien, las condiciones generales, a pesar de su carácter estandarizado, se integran en un contrato concreto, por lo que su interpretación no debe efectuarse de manera abstracta (típica u objetiva), en el que se busque un sentido válido para cualquier contrato del mismo tipo en el que dichas condiciones se integren, sino teniendo en cuenta el contrato concreto del cual forman parte (interpretación tópica o circunstanciada).

Es también una interpretación interna en el sentido de que se tiene que tener en cuenta la totalidad del contrato del cual dichas condiciones forman parte.

Como hemos dicho, la regla de la interpretatio contra proferentem es subsidiaria a la interpretación subjetiva o conforme a la voluntad común de las partes.

En consecuencia, la regla de la interpretación favorable no ocupa un lugar principal en la interpretación de las condiciones generales que se sobreponga a los demás criterios de interpretación, así sea el más recurrente, toda vez que, como tales condiciones se refieren a los aspectos normativos del contrato (cláusulas no negociadas), difícilmente se proyectan sobre las mismas la voluntad de las partes o el contenido normal del contrato, de modo que conforme a ellos se pueda disipar las dudas que se suscitan sobre las condiciones generales.

Dicha regla encuentra su justificación en la finalidad tuitiva o protectora del adherente, propia del derecho contractual de consumo, como parte débil de la relación contractual.

La regla de la condición más beneficiosa

Si las condiciones generales resultan más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares, entonces prevalecerán aquéllas. Por consiguiente, en caso de divergencia entre una condición general y una cláusula particular, se debe aplicar aquella que resulte más beneficiosa para el adherente en los contratos a condiciones generales.

Por condición más beneficiosa deberá entenderse aquella que amplía el ámbito de los derechos del adherente, o reduzca el de sus obligaciones, cargas y deberes.¹³³

La regla de la condición más importante

A diferencia de las anteriores, la regla de la condición más importante es de construcción doctrinal, aunque al igual que las anteriores tratan de resolver conflictos entre la parte prerredactada del contrato (condición general) y la establecida de modo específico para el mismo (condición particular).

Tales conflictos o controversias al interior de las condiciones generales se resuelven otorgando importancia decisiva a las cláusulas o condiciones de mayor trascendencia en la economía del contrato, o aquellas que establecen el núcleo central de las prestaciones contractuales.¹³⁴

La regla de la interpretación más favorable para el adherente

En los contratos con consumidores y usuarios, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor (arts. 4º y 34 de la Ley 1480 de 2011).¹³⁵

Tal regla impone al intérprete elegir, entre los significados posibles, el más beneficioso para el adherente (consumidor en su caso), de modo que las condiciones que imponen obligaciones se interpreten de modo restrictivo, y las que reconocen derechos, de modo extensivo.

¹³³ Díez-Picazo, Luis, Elementos de Derecho civil patrimonial, págs. 514 y 515.

¹³⁴ Díez-Picazo, Luis, Elementos de Derecho civil patrimonial, págs. 514 y 515.

¹³⁵ La regla de la interpretación más favorable al adherente o consumidor, de acuerdo con el artículo 5º de la Directiva 93/13 CEE, es aplicable en el llamado control concreto, es decir, el control judicial necesario para decidir un conflicto sobre la ejecución contractual. Si se trata del llamado control abstracto, es decir, del juicio de validez de las cláusulas con independencia de la existencia de adherentes concretos, el juez debe seleccionar entre todos los significados posibles de la cláusula el más beneficioso para el adherente y, a partir de allí, analizar dicho significado a la luz de las normas de control de validez y declarar, si procede, la ineficacia de la misma. Al respecto, véase Díez-Picazo, Luis, Elementos, págs. 515 y 516.

Capítulo V

Intensidad del control

(test débil y test estricto de abusividad)

Como hemos visto, la regulación legal de la abusividad en el derecho contractual de consumo se articula en torno a la prohibición general de abuso y una lista indicativa de cláusulas abusivas.¹³⁶

La definición de cláusula abusiva, a su vez, se articula alrededor del concepto de desequilibrio injustificado, el cual debe ser definido por el juez mediante la ponderación circunstanciada de las condiciones particulares del contrato (juicio de abusividad).¹³⁷

¹³⁶ Según el artículo 43 de la Ley 1480 de 2011t, son ineficaces de pleno derecho las cláusulas que limiten la responsabilidad legal del productor o proveedor (1); impliquen la renuncia de los derechos legales del consumidor (2); inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor (3); trasladen al consumidor, o un tercero que no sea parte del contrato, la responsabilidad del productor o proveedor (4); el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado (5); vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumplan sus obligaciones (6); 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 (7); impiden al consumidor resolver el contrato en caso de que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor, salvo en el caso del arrendamiento financiero (8); presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de ésta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo (9); incluyan el pago de intereses no autorizados legamente (10); impongan al consumidor, para la terminación del contrato, mayores requisitos que los solicitados al momento de la celebración del mismo, o que impongan mayores cargas a las legalmente establecidas (11); obliguen al consumidor a acudir a la jurisdicción arbitral (12); eliminen o restrinjan la facultad del usuario del bien para hacer efectiva directamente, ante el productor o proveedor, las garantías legales en los contratos de arrendamiento financiero y arrendamiento de bienes muebles (13); y cláusulas de renovación automática que impidan al consumidor dar por terminado el contrato en cualquier momento, o que impongan sanciones por terminación anticipada (14).

¹³⁷ Por juicio de abusividad se entiende la serie de actuaciones que adelanta el juez (superintendencias Financiera y de Industria y Comercio, según el caso, de conformidad con lo dispuesto por el art. 56 de la Ley 1480 de 2011) para definir si una cláusula o una condición determinada es o no abusiva, teniendo en cuenta las particularidades del contrato (art. 42). La finalidad de tal juicio es proteger, frente al empresario o profesional, los derechos del consumidor o usuario, quien se en los contratos de consumo se halla frente aquél en una situación de

Mediante el juicio de abusividad se establecen los siguientes extremos: (1) Si existe un desequilibrio en el contenido jurídico del contrato, producido por la imposición de la cláusula o condición en examen; (2) Si las razones en que se apoya el predisponente (empresario o profesional) son suficientes para justificar tal desequilibrio, teniendo en cuenta las condiciones particulares del contrato.¹³⁸ Cada uno de estos extremos constituye el objeto de las etapas declarativa y discursiva del juicio de abusividad.

Ahora bien, entre la prohibición general de abuso y la lista de cláusulas abusivas no solo existe una relación de concretización, sino también de fundamentación, pues en la medida en que una cláusula o condición se subsuma en alguno de los supuestos de la lista, el juez tendrá, prima facie, una razón para considerarla abusiva, y la declarará tal, de manera definitiva si, después del juicio de abusividad y de la ponderación circunstanciada de que habla el artículo 42 de la Ley 1480 de 2011, llega a la conclusión de que la cláusula o condición en examen produce un desequilibrio injustificado en el contenido jurídico del contrato.

La lista del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011 es meramente ejemplificativa (enunciativa o no exhaustiva), complementa la prohibición general de abuso y concretiza el concepto de cláusula abusiva sin ninguna pretensión de acaparar con carácter exhaustivo todas las hipótesis posibles de las mismas, como quiera que no excluye la posibilidad de que otras cláusulas, de conformidad con la definición general contenida en el artículo 42, también lo sean.

desigualdad, derivada de una asimetría informativa o de una desigualdad del poder negocial. Pertíñez Vílchez, Francisco, La contratación en el ámbito de las relaciones con consumidores, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Director) (Moralejo Imbernón, Nieves y Quicios Molina, Susana, Coordinadoras), Tratado de contratos, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011 (reimpresión), pág. 284.

¹³⁸ El juicio de abusividad, como control judicial de contenido, no busca establecer si la cláusula enjuiciada fue impuesta por el predisponente con observancia de las exigencias establecidas en la ley para la validez de los contratos de adhesión, como podría ser el caso del control formal de incorporación de las condiciones generales de contratación (art. 37 de la Ley 1480 de 2011), sino definir, de acuerdo con las particularidades del contrato, si una cláusula del mismo es o no abusiva.

Tal lista la integran todos aquellos supuestos que describen hipótesis de cláusulas que se presumen abusivas, pero que podrían no serlo de acuerdo con las condiciones particulares del contrato, de las demás cláusulas del mismo o de la naturaleza del bien o servicio que constituya su objeto.

Condición necesaria para que una cláusula sea considerada abusiva, es que se subsuma en alguno de los supuestos legales, más o menos indeterminados, según hemos visto, contenidos en la lista del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011. Tal condición, sin embargo, no es suficiente, porque a pesar de que una cláusula se subsuma en algunos de los supuestos legales de la lista, puede no ser abusiva en vista de los requisitos que para el efecto exige el artículo 42: equilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y valoración de todas las condiciones particulares del contrato.¹³⁹

En otras palabras, la lista del artículo 43 comprende aquellas cláusulas que el legislador prima facie presume abusivas, pero esa abusividad debe ser confirmada luego por el juez en función de las condiciones particulares de cada contrato.

La ley en este caso prevé un supuesto determinado, estructurado normativamente como una presunción legal, pero que no permite, sin más, considerar una cláusula como abusiva si adicionalmente no aprueba el examen de abusividad previsto en la ley, esto es, si además de encajar en alguno de los supuestos de la lista del artículo 43, dicha cláusula no produce, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio injustificado, atendidas las condiciones particulares del contrato.

El hecho de que un supuesto concreto no se halle incluido expresamente dentro de la lista del artículo 43 no significa la validez de la cláusula concreta que lo contenga, pues

¹³⁹ Pertíñez Vílchez, Francisco, Los contratos de adhesión, pág. 1646. En este sentido, en el supuesto previsto en el numeral 12 del artículo 43 (“cláusulas que obliguen al consumidor a acudir a la justicia arbitral”), a pesar de que se trata de una hipótesis normativamente bien delimitada, al punto de que la cláusula compromisoria contenida en un contrato celebrado con consumidores debe considerarse prima facie abusiva, puede no serlo por ejemplo si considerado el contrato en su conjunto, o teniendo en cuenta las condiciones particulares del mismo, se llega a la conclusión de que la misma no produce un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor. Rodríguez Yong, Camilo, Cláusulas abusivas, pág. 102.

debe acreditar también su conformidad con los requisitos exigidos por la prohibición general de abuso al efecto, relacionados con el equilibrio injustificado de obligaciones y derechos y juicio de abusividad circunstanciado.

No cabe argumentar a contrario en este caso, pues las condiciones generales o las cláusulas predisuestas que no se contienen en la lista no siempre, dependiendo de las condiciones particulares del contrato, serán válidas a la luz de la prohibición general de abuso, en la medida en que su imposición produzca un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor.¹⁴⁰

Pero la lista, en la medida en que contiene supuestos considerados prima facie abusivos, sí puede proporcionar puntos de partida para argumentos de analogía y argumentos a contrario, que contrastados con los requisitos de la prohibición general de abuso, permitan considerar, definitivamente, una cláusula como abusiva.

En la medida en que una cláusula se subsume en alguno de los supuestos de la lista establecida en el artículo 43, se presume de hecho un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor, debiendo el predisponente, para desmontar tal presunción, aportar las razones o argumentos que justifiquen el desequilibrio de derechos y obligaciones derivados del contrato.¹⁴¹

Podría decirse que el elenco de supuestos previsto en el artículo 43 de la Ley 1480 de 2011 constituye una lista negra de cláusulas abusivas cuando, además de prever una

¹⁴⁰ Miquel, José María, en Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación, pág. 953.

¹⁴¹ Como hemos visto, la doctrina distingue entre listas negras y grises de cláusulas abusivas, en la medida en que unas u otras contengan conceptos jurídicos indeterminados que exijan valoraciones circunstanciadas, de manera que en ciertos casos las cláusulas puedan ser consideradas abusivas y en otros no. En este sentido, la lista del artículo 43 es gris, o por lo menos mixta, en la medida en que mezcla prohibiciones precisas con otras que requieren la determinación de ciertos conceptos y, en cualquier caso, remiten a la prohibición general de abuso del artículo 42, pues independientemente que una cláusula se subsuma en alguno de los supuestos de la lista, dicha disposición, para efectos de considerarla abusiva, exige que la cláusula produzca, en detrimento del consumidor, un desequilibrio injustificado, teniendo en cuenta las condiciones particulares del contrato. Miquel, José María, en Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación, págs. 952 y 953.

hipótesis en términos precisos y concretos, no existe ninguna razón que pudiera justificar el desequilibrio que en los derechos del consumidor produce la inclusión de una hipótesis tal como cláusula del contrato, teniendo en cuenta las condiciones particulares de éste.¹⁴²

Intensidad del control

Como quiera que la regulación legal de la abusividad se articula en torno a una prohibición general de abuso y una lista no exhaustiva de cláusulas que se presumen abusivas como producto de una inveterada práctica contractual, es posible configurar varios modelos de juicio de abusividad para la definir si una cláusula es o no abusiva, y una intensidad diferenciada del control judicial de contenido, según se trate de supuestos que se subsuman o no en la lista del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011.

Estas distintas versiones del juicio de abusividad pueden ser reconducidas a dos sistemas básicos, dentro de los cuales puede incluso identificarse varios modelos combinados o intermedios: 1. El modelo de juicio de abusividad para la aplicación de la prohibición general de abuso (artículo 42 de la Ley 1480 de 2011), que comprendería todos aquellos supuestos que no se subsumen en la lista de cláusulas presunta o prima facie abusivas; y 2. El modelo de juicio de abusividad para la aplicación de la lista

¹⁴² Pertíñez Vílchez, Francisco, *Contratos de adhesión*, pág. 1646. En cuanto a la naturaleza de la lista, es decir, si se trata de una lista negra o gris de cláusulas abusivas), no parece que la intención del legislador colombiano haya sido la de establecer una serie de supuestos concretos de cláusulas abusivas, cuya definición no requiriera de valoración alguna y que, en la medida en que una cláusula se subsumiera en alguno de los supuestos recogidos en la lista, se debiera reputar abusiva (lista negra). Tal lista negra sería una proyección del derecho imperativo sobre las cláusulas no negociadas. Por el contrario, a pesar del esfuerzo desplegado por el legislador para reducir el número de supuestos (14 en total) y comprimir y concretizar cada uno de los mismos, subsisten en la lista algunos conceptos jurídicos indeterminados (“derechos del consumidor”, “responsabilidad del productor o proveedor”, etc.), que en sí mismos suponen una ponderación que impide la calificación automática de la cláusula como abusiva. Además, el carácter complementario de la lista respecto de la prohibición general de abuso, que sujeta la valoración de una cláusula como abusiva, no a la simple subsunción de la misma a alguno de los supuestos legales de la lista, sino, además, al examen previo y conjunto de todas las condiciones particulares del contrato (art. 42), permite considerar como lista gris el elenco de cláusulas abusivas que de manera abierta y ejemplificativa establece el artículo 43 de la Ley 1480 de 2011.

enunciativa y no exhaustiva de cláusulas presunta o prima facie abusivas del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011.

Ambos modelos se distinguen por la intensidad diferenciada que en cada uno de ellos supone el control material de abusividad (test estricto, intermedio o débil), y en cuanto a las reglas sobre carga de la prueba y de argumentación que cada uno de ellos supone.

Test o escrutinio débil

El test o escrutinio débil (rational basis test) se aplicaría a los casos de aplicación directa de la prohibición general de abuso, es decir, aquellos casos que no se subsumen dentro de los supuestos de la lista presunta o prima facie abusividad, y en los que no haya un motivo o razón para “sospechar” de la buena fe del predisponente.

Tal escrutinio representaría la fórmula “normal” para la aplicación de las normas sobre abusividad en el derecho contractual de consumo. El criterio principal que define la aplicación de este tipo de escrutinio es buena fe que ampara en estos casos la conducta contractual del predisponente (empresario o profesional). Por tanto, este tipo de escrutinio se aplica por regla general en aquellos casos de imposición unilateral de cláusulas o condiciones que no se consideran prima facie abusivas por no estar comprendidos en la lista del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011.

De acuerdo con el escrutinio débil, para que una cláusula o condición sea considerada abusiva, la misma debe producir un desequilibrio injustificado en el contenido jurídico del contrato, teniendo en cuenta las condiciones particulares del mismo. El escrutinio débil consta, por tanto, de dos exigencias: (1) Que la cláusula o condición produzca, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio en el contenido jurídico del contrato; y 2. Que dicho desequilibrio sea injustificado teniendo en cuenta las condiciones particulares del contrato.

En este sentido, una cláusula o condición es abusiva si, como lo establece el artículo 42 de la Ley 1480 de 2011, la misma produce, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio injustificado en el contenido jurídico del contrato, teniendo en cuenta las condiciones particulares de éste.

Test o escrutinio estricto

Mediante escrutinio estricto, por su parte, se enjuiciarían aquellos supuestos presunta o prima facie abusivos incluidos en la lista del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011, precisamente por ser los casos más frecuentes e importantes de cláusulas o condiciones abusivas según la práctica contractual. Tal escrutinio se aplicaría, en consecuencia, a los supuestos “sospechosos” de abusividad (limitación o exención de responsabilidad del predisponente, restricción de derechos del consumidor, etc.).

En los casos en que procede el escrutinio estricto, para que una cláusula sea considerada abusiva, además de subsumirse en alguno de los supuestos previstos en la lista de cláusulas presunta o prima facie abusivas del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011, la misma debe producir, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio injustificado en el contenido normativo del contrato, teniendo en cuenta las condiciones particulares del mismo.

En otros términos, según el test estricto, una cláusula o condición es abusiva si cumple las siguientes exigencias: 1. Si se subsume en alguno de los supuestos previstos en el artículo 43 de la Ley 1480 de 2011 como “cláusulas abusivas”; 2. Si dicha cláusula o condición produce, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio injustificado en el contenido jurídico del contrato, teniendo en cuenta las condiciones particulares del mismo (art. 42 de la Ley 1480 de 2011).

Tales exigencias hacen que la aplicación del escrutinio estricto sea la excepción, pues debe presumirse siempre la buena fe del predisponente en su conducta contractual, a menos que haya una razón suficiente para presumir lo contrario, como sucede precisamente en los supuestos previstos en la lista del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011.

Igualmente, la aplicación de este escrutinio supone una inversión de la carga de la prueba y de la argumentación: mientras el predisponente (empresario o profesional) no aduzca y fundamente suficientemente que la cláusula o condición por él impuesta no produce, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio injustificado en el contenido

jurídico del contrato, teniendo en cuenta las condiciones particulares del mismo, la cláusula o condición se considera abusiva.

El escrutinio intermedio representa una categoría mixta entre el escrutinio débil y el estricto, y se aplicaría a los casos en que la ley permite al predisponente imponer cláusulas o condiciones que se subsumen en alguno de los supuestos considerados sospechosos (presunta o prima facie abusivos), pero no para perjudicar al consumidor sino, por el contrario, para favorecerlo y alcanzar el equilibrio en el contenido jurídico del contrato.

De esta manera, el escrutinio intermedio condiciona la abusividad de la cláusula al cumplimiento de los siguientes requisitos: (1) Que la cláusula o condición se subsuma en alguno de los supuestos previstos en la ley como sospechosos de ser abusivos; y 2. Que la inclusión de la cláusula o condición sea hecha para favorecer al consumidor en la medida en que compense el desequilibrio que su no inclusión podría producir en el contenido normativo del contrato.

Capítulo VII

Lista negra de cláusulas abusivas

El artículo 43 de la Ley 1480 de 2011 establece que son ineficaces de pleno derecho las cláusulas que limiten la responsabilidad legal del productor o proveedor (1); impliquen la renuncia de los derechos legales del consumidor (2); inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor (3); trasladen al consumidor, o un tercero que no sea parte del contrato, la responsabilidad del productor o proveedor (4); el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado (5); vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumplan sus obligaciones (6); 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 (7); impiden al consumidor resolver el contrato en caso de que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor, salvo en el caso del arrendamiento financiero (8); presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de ésta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo (9); incluyan el pago de intereses no autorizados legamente (10); impongan al consumidor, para la terminación del contrato, mayores requisitos que los solicitados al momento de la celebración del mismo, o que impongan mayores cargas a las legalmente establecidas (11); obliguen al consumidor a acudir a la jurisdicción arbitral (12); eliminen o restrinjan la facultad del usuario del bien para hacer efectiva directamente, ante el productor o proveedor, las garantías legales en los contratos de arrendamiento financiero y arrendamiento de bienes muebles (13); y cláusulas de renovación automática que impidan al consumidor dar por terminado el contrato en cualquier momento, o que impongan sanciones por terminación anticipada (14).

Por otra parte, el artículo 38 de la Ley 1480 de 2011 (cláusulas prohibidas), establece que en los contratos de adhesión no se podrán incluir cláusulas que permitan al productor o proveedor modificar unilateralmente el contrato o sustraerse de sus obligaciones.

De acuerdo con lo anterior, el legislador colombiano, al lado de la prohibición general de abuso (art. 42), centrada en el concepto de equilibrio injustificado y en la necesidad de hacer una valoración de conjunto de todas las condiciones particulares del contrato, estableció en el citado artículo 43, siguiendo la tradición iniciada en la ley alemana de 1976 y continuada en la Directiva europea 13/93, una lista enunciativa y no exhaustiva de cláusulas abusivas.

Algunas de estas cláusulas, como las previstas en el numeral 10 del artículo 43 (incluyan el pago de intereses no autorizados legalmente), a pesar de que dicha disposición las califica de abusivas, como categoría especial de cláusulas ineficaces, son nulas por ser contrarias a normas imperativas generales.

Esta lista meramente ejemplificativa, complementa la prohibición general de abuso y concretiza el concepto de cláusula abusiva sin ninguna pretensión de acaparar con carácter exhaustivo todas las hipótesis posibles de las mismas, como quiera que no excluye la posibilidad de que otras cláusulas, de conformidad con la definición general contenida en el artículo 42, también lo sean.

Naturaleza de la lista

En cuanto a la naturaleza de la lista, es decir, si se trata de una lista negra o gris de cláusulas abusivas)¹⁴³, no parece que la intención del legislador colombiano haya sido la de establecer una serie de supuestos concretos de cláusulas abusivas, cuya definición no requiriera de valoración alguna y que, en la medida en que una cláusula se subsumiera en alguno de los supuestos recogidos en la lista, se debiera reputar abusiva (lista negra). Tal lista negra sería una proyección del derecho imperativo sobre las cláusulas no negociadas.

Por el contrario, a pesar del esfuerzo desplegado por el legislador para reducir el número de supuestos (14 en total) y comprimir y concretizar cada uno de los mismos, subsisten

¹⁴³ Díez-Picazo, Fundamentos, I, pág. 466.

en la lista algunos conceptos jurídicos indeterminados (“derechos del consumidor”, “responsabilidad del productor o proveedor”, etc.), que en sí mismos suponen una ponderación que impide la calificación automática de la cláusula como abusiva.

Además, el carácter complementario de la lista respecto de la prohibición general de abuso, que sujeta la valoración de una cláusula como abusiva, no a la simple subsunción de la misma a alguno de los supuestos legales de la lista, sino, además, al examen previo y conjunto de todas las condiciones particulares del contrato (art. 42), permite considerar como lista gris el elenco de cláusulas abusivas que de manera abierta y ejemplificativa establece el artículo 43 de la Ley 1480 de 2011.

Tal lista gris la integran todos aquellos supuestos que describen hipótesis de cláusulas que se presumen abusivas, pero que podrían no serlo de acuerdo con las condiciones particulares del contrato, de las demás cláusulas del mismo o de la naturaleza del bien o servicio que constituya su objeto.

En otras palabras, la lista gris del artículo 43 comprende aquellas cláusulas que, prima facie, por su grado de indeterminación normativa, parecen a primera vista abusivas, pero cuya abusividad debe ser enjuiciada después en función de las condiciones particulares de cada contrato concreto.

Condición necesaria, aunque no suficiente, para que una cláusula de un contrato concreto sea considerada abusiva, es que se subsuma en alguno de los supuestos legales, más o menos indeterminados, según hemos visto, contenidos en la lista del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011.

Tal condición, sin embargo, no es suficiente, porque a pesar de que una cláusula se subsuma en algunos de los supuestos legales de la lista, no sea abusiva en vista de las condiciones que para el efecto exige el artículo 42: equilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y valoración de todas las condiciones particulares del contrato.¹⁴⁴

¹⁴⁴ Pertíñez Vélchez, Francisco, Los contratos de adhesión, pág. 1646.

En este sentido, en el supuesto previsto en el numeral 12 del artículo 43 (“cláusulas que obliguen al consumidor a acudir a la justicia arbitral”), a pesar de que se trata de una hipótesis normativamente bien delimitada, al punto de que la cláusula compromisoria contenida en un contrato celebrado con consumidores debe considerarse prima facie abusiva, puede no serlo por ejemplo si considerado el contrato en su conjunto, o teniendo en cuenta las condiciones particulares del mismo, se llega a la conclusión de que la misma no produce un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor.¹⁴⁵

La ley en este caso prevé un supuesto determinado, estructurado normativamente en unos términos que no necesitan ponderación alguna, pero que no permite, sin más, considerar una cláusula concreta como abusiva si además no se le somete al examen de abusividad que prevé también el artículo 42, esto es, si además de encajar en algunos de los supuestos de la lista del artículo 43, dicha cláusula produce, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio injustificado, atendidas todas las condiciones particulares del contrato.

Podría decirse que el elenco de supuestos previsto en el artículo 43 de la Ley 1480 de 2011 constituye una lista negra de cláusulas abusivas cuando, además de prever una hipótesis en términos precisos y concretos, no existe ninguna razón que pudiera justificar el desequilibrio que en los derechos del consumidor produce la inclusión de una hipótesis tal como cláusula del contrato, teniendo en cuenta las condiciones particulares de éste.¹⁴⁶

Conforme a estas premisas, forman parte de la “lista negra” del artículo 43, las siguientes cláusulas:

Cláusulas que limiten la responsabilidad del productor o proveedor

El numeral 1 del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011 considera abusivas y, por tanto, ineficaces de pleno derecho, las cláusulas que limiten la responsabilidad del productor o

¹⁴⁵ Rodríguez Yong, Camilo, Cláusulas abusivas, pág. 102.

¹⁴⁶ Pertíñez Vélchez, Francisco, Contratos de adhesión, pág. 1646.

proveedor que por ley les corresponda. Igualmente, el numeral 4 de la misma disposición considera abusivas las cláusulas que trasladen al consumidor o a un tercero que no sea parte del contrato, la responsabilidad del productor o proveedor.

La prohibición se refiere, por una parte, a las cláusulas que limiten a favor del productor o proveedor la responsabilidad que por ley les corresponde por el incumplimiento del contrato y, por consiguiente, el derecho de indemnización que el consumidor puede tener por tal motivo.

En términos generales, se trata de daños de cualquier tipo, referidos a bienes de la personalidad o bienes patrimoniales distintos del interés contractual, cualesquiera que aquéllos sean: la muerte o lesiones causados al consumidor o en general daños debidos a una acción u omisión de aquél.

Tales daños han de ser causados por la acción o la omisión del profesional, entre los que se cuentan los daños imputables directamente a éste, o de que éste deba responder, como los causados por sus auxiliares.¹⁴⁷

El segundo supuesto, mucho más específico, se refiere al traslado al consumidor o a un tercero que no sea parte del contrato, de la responsabilidad que corresponda al productor o proveedor.

De un modo más general el derecho comparado considera abusivas las cláusulas que de modo directo o indirecto establecen la exclusión o limitación de la responsabilidad del contratante predisponente (empresario o profesional).¹⁴⁸

¹⁴⁷ Díez-Picazo, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial, págs. 473 y 474.

¹⁴⁸ En el anexo a) de la Directiva 93/13 CEE, de 5 de abril de 1993, se dice que son abusivas las cláusulas que tengan por objeto o por efecto, “excluir o limitar la responsabilidad legal del profesional en caso de muerte o daños físicos del consumidor debidos a una acción u omisión del mencionado profesional”. Igualmente, el numeral 2 del artículo 86 del TRLGDCU (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre) establece que, en cualquier caso, serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor o usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas y, en particular, aquellas estipulaciones que prevean “la exclusión o limitación de la responsabilidad del empresario en el cumplimiento del contrato, por los daños o

Esta cláusula supondría que el cumplimiento del contrato quedara vinculado a la voluntad del profesional, lo que contradiría la norma que prohíbe que la validez y el cumplimiento de los contratos se deje al arbitrio de uno de los contratantes (art.1256 Código Civil español).¹⁴⁹

El sujeto que trata de eludir su responsabilidad por medio de la cláusula de exoneración es el contratante profesional. Los daños han de ser causados por la acción u omisión del profesional en el marco de la relación contractual entre éste y el consumidor. Basta que el daño sea causado por la conducta del profesional, aunque la misma no merezca el reproche de culpabilidad.

En otros términos, para efectos de la abusividad de la conducta, resulta abusivo excluir tanto la responsabilidad basada en la culpa como la responsabilidad objetiva.

La prohibición, por otra parte, se extiende a la responsabilidad que el derecho impute también al profesional por actos u omisiones de sus representantes y auxiliares, pues éstos no son considerados como terceros, sino como los sujetos que utiliza el predisponente en su actividad empresarial o profesional.

Para que el vendedor no pueda exonerarse es preciso que por su parte haya existido alguna omisión de la conducta que le es exigible, que permita entender que el daño fue causado por su acción u omisión.

Tampoco importa la naturaleza de la responsabilidad del profesional, contractual o extracontractual, pertenezca a un tercer género o esté específicamente tipificada por la ley para un supuesto concreto.¹⁵⁰

por la muerte o por las lesiones causadas al consumidor o usuario por una acción u omisión de aquél”.

¹⁴⁹ Pertíñez Vílchez, Francisco, Contratos de adhesión, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (director), Moralejo Imbernón, Nieves y Quicios Molina, Susana (coordinadoras), pág. 1647.

¹⁵⁰ Morales Moreno, Antonio Manuel, en Comentarios a la Ley General sobre Condiciones Generales de Contratación, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Menéndez Menéndez, Aurelio (Directores), Alfaro Águila-Real, Jesús (coordinador), págs. 1151 a 1153.

La responsabilidad cuya exclusión se considera abusiva puede provenir tanto de una norma dispositiva como de una imperativa, la que, como es natural, no puede ser excluida por voluntad de las partes. Por lo demás, tal responsabilidad se refiere tanto a la establecida directamente por la ley, como a la que, más allá de ésta, ha sido desarrollada por la jurisprudencia.¹⁵¹

La norma, por otra parte, se refiere de manera incondicionada a la exclusión de responsabilidad por cualquier clase de daños, en general, causados al consumidor. Comprende, por tanto, no sólo los daños causados a bienes personales, sino también los daños causados a bienes de naturaleza patrimonial.

Se refiere tanto a los daños causados a los bienes del consumidor, como también al daño que supone el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, consistente en la insatisfacción del interés que el consumidor pretendía satisfacer a través del contrato.

El daño en este caso estaría conectado con el interés en el cumplimiento del contrato, mientras que en aquél sería el correspondiente al interés en la conservación de la integridad del resto de los bienes del consumidor, personales o patrimoniales.¹⁵²

Ahora bien, los daños a que se refiere la prohibición son los causados al consumidor que contrata, no los que puedan producirse a tercero que no sea parte de la relación contractual, a no ser los que reviertan al consumidor por estar éste obligado a repararlos (daños a los invitados que consumen el producto, por ejemplo).¹⁵³

¹⁵¹ Morales Moreno, Antonio Manuel, en Comentarios a la Ley General sobre Condiciones Generales de Contratación, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Menéndez Menéndez, Aurelio (Directores), Alfaro Águila-Real, Jesús (coordinador), pág. 1153.

¹⁵² Morales Moreno, Antonio Manuel, en Comentarios a la Ley General sobre Condiciones Generales de Contratación, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Menéndez Menéndez, Aurelio (Directores), Alfaro Águila-Real, Jesús (coordinador), pág. 1154.

¹⁵³ Morales Moreno, Antonio Manuel, en Comentarios a la Ley General sobre Condiciones Generales de Contratación, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Menéndez Menéndez, Aurelio (Directores), Alfaro Águila-Real, Jesús (coordinador), págs. 1154 a 1155.

Respecto del criterio de imputación de la responsabilidad, los daños han de corresponder a una acción u omisión del predisponente (productor o proveedor), dentro de los cuales deben entenderse incluidos los causados por la actuación, positiva o negativa, de sus representantes y auxiliares, y en general por las personas por las que debe responder.

No se incluyen, en cambio, los daños provocados por actos de tercero o por otros acontecimientos. Cuando el profesional o contratante deba asumir tal riesgo, puede exonerarse de acuerdo a las reglas generales.¹⁵⁴

La responsabilidad cuya exclusión o limitación prohíbe la norma, debe estar en conexión con la relación contractual establecida entre el profesional predisponente y el consumidor.

Los actos u omisiones del profesional que generan el daño y la consiguiente responsabilidad que no admite exoneración, corresponden a los producidos en el marco de aquella relación, y comprende la responsabilidad por daños causados al consumidor por el bien que se transmite (producto defectuoso), o por el servicio que se presta, o por el defectuoso cumplimiento de los deberes de cuidado en el marco de la relación contractual.¹⁵⁵

La norma no toma en cuenta la naturaleza de la responsabilidad cuya exclusión o limitación aquélla prohíbe, sea contractual, extracontractual o correspondiente a un tercer género.

¹⁵⁴ Morales Moreno, Antonio Manuel, en Comentarios a la Ley General sobre Condiciones Generales de Contratación, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Menéndez Menéndez, Aurelio (Directores), Alfaro Águila-Real, Jesús (coordinador), pág. 1155.

¹⁵⁵ Morales Moreno, Antonio Manuel, en Comentarios a la Ley General sobre Condiciones Generales de Contratación, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Menéndez Menéndez, Aurelio (Directores), Alfaro Águila-Real, Jesús (coordinador), pág. 1155.

El que el daño se produzca en el marco del cumplimiento del contrato, no implica necesariamente una conexión con la responsabilidad contractual.¹⁵⁶

Por último, resulta abusivo excluir tanto la responsabilidad basada en la culpa como la responsabilidad objetiva.

Cláusulas que inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor

De acuerdo con el numeral 3 del artículo 43, se consideran abusivas las cláusulas en que se invierta la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, en los casos en que por ley corresponda a la otra parte dicha carga, según las reglas establecidas en las disposiciones de derecho procesal civil (Ley 1564 de 2012).¹⁵⁷

La prohibición considera abusiva la estipulación que impone al consumidor la carga de probar hechos que, de acuerdo con las reglas procesales, correspondería probar al

¹⁵⁶ Morales Moreno, Antonio Manuel, en Comentarios a la Ley General sobre Condiciones Generales de Contratación, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Menéndez Menéndez, Aurelio (Directores), Alfaro Águila-Real, Jesús (coordinador), pág. 1156.

¹⁵⁷ La carga de la prueba es una consecuencia del principio *onus in liquet*, es decir, de la prohibición al Juez de abstenerse de dictar sentencia aun cuando, tras la prueba, haya hechos relevantes para el resultado del proceso que permanezcan en el ámbito de la duda. Para estos casos, el derecho procesal ofrece una serie de reglas que determinan a qué parte debería el tribunal dar la razón, o a quién debe perjudicar la falta de prueba de un hecho. Al respecto, se atribuye a cada una de las partes la carga de probar cierto tipo de hechos, de modo que si al final del proceso algún hecho no queda acreditado, perjudicará a aquella parte a quien corresponde la carga de probarlo. La carga de la prueba también se explica como una consecuencia del principio procesal de aportación de parte, en virtud del cual corresponde a las partes la alegación y prueba de los hechos, sin que pueda oficiosamente el tribunal tener en cuenta los hechos no alegados por aquéllas, ni ordenar la práctica de medios de prueba. Como genuina carga, la de la prueba impone como sanción una consecuencia jurídica desfavorable al responsable por su falta de realización (en este caso, el tener por no probado el hecho). Véase, Mingo Bisail, María Luisa y Díez-Picazo Giménez, Ignacio, en Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación (Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Menéndez Menéndez, Aurelio, Directores), pág. 1217).

profesional,¹⁵⁸ como sería la imposición de la carga de probar el incumplimiento total o parcial del empresario, o la que, en un contrato de cuenta corriente, establece la fijación unilateral del saldo del deudor por parte de la entidad bancaria, de acuerdo con su propia liquidación, impidiendo su discusión fuera o dentro del proceso judicial, no solamente porque libera al acreedor de la carga de probar la deuda, sino porque supone dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio del predisponente, en contra de lo dispuesto en el artículo 1256 del CC español.¹⁵⁹

La inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, obstaculiza a éste el ejercicio de sus derechos, como quiera que en caso de querer reclamar ante los tribunales un eventual incumplimiento del contrato por parte del empresario, le sería muy difícil probar los hechos que le correspondería acreditar en virtud de tal pacto o condición general de su contrato.

Tal dificultad podría estar determinada por la falta de acceso a las fuentes de prueba de tales hechos, o por la notable agravación de su carga probatoria, dado el mayor número de hechos a probar o la dificultad de prueba de los mismos, como sucede con los hechos negativos.¹⁶⁰

De acuerdo con la prohibición del numeral 3 del artículo 43, se considera abusiva y, por tanto ineficaz de pleno derecho, la estipulación que en perjuicio del consumidor imponga a éste la carga de probar un hecho que, según la regla de juicio¹⁶¹, correspondía probar a la otra parte contratante.

¹⁵⁸ Díez-Picazo, Fundamentos, I, 477.

¹⁵⁹ Pertíñez Vélchez, Contratos de adhesión, 1648.

¹⁶⁰ Mingo Bisaíl y Díez-Picazo Giménez, Comentarios, 1226.

¹⁶¹ Mingo Bisaíl y Díez-Picazo Giménez, Comentarios, 1226.

Se prohíbe, pues, al empresario imponer al consumidor la llamada inversión de la carga de la prueba, con el propósito de impedir que la falta de certeza sobre un determinado hecho no perjudique al consumidor en el momento de dictar sentencia.

El fundamento de tal prohibición es evitar obstáculos a los consumidores en el ejercicio de sus derechos ante los tribunales.¹⁶²

Al amparo del carácter abusivo de tales cláusulas, se podrán impugnar las estipulaciones que imponen al consumidor la carga de probar hechos que corresponde probar al empresario, así como aquellas que tengan por fin exonerar al predisponente de la prueba de un hecho en caso de litigio, gravando con ello la posición procesal del consumidor.

En ese sentido, la prohibición del numeral 3 no sólo abarca las inversiones de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, sino también los pactos por los que se exonere al empresario de la prueba de los hechos que ordinariamente le correspondería probar, aun sin imponer al consumidor la contraprueba de los mismos.

La prohibición comprende también las cláusulas a través de las cuales no se llegue a invertir la carga de la prueba en contra del adherente, pero sí se establezca una presunción iuris tantum a favor del predisponente.

De todas maneras, para que tales cláusulas puedan ser consideradas abusivas, las mismas deben producir un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor, teniendo en cuenta las condiciones particulares del contrato, según el requisito general exigido en el artículo 42 de la Ley 1480 de 2011.

En resumen, siempre que de una cláusula, cualquiera que sea su tenor, quepa racionalmente concluir que su finalidad sea exonerar de prueba al predisponente, y que no exista una razón suficiente que justifique el desequilibrio que la inclusión de tal cláusula produce en los derechos del consumidor, la misma debe ser considerada

¹⁶² Mingo Bisaíl y Díez-Picazo Giménez, Comentarios, pág. 1226.

abusiva y, por tanto, ineficaz de pleno derecho, según lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 1480 de 2011.

La inversión de la carga de la prueba produce, en principio (o prima facie), un desequilibrio en perjuicio del consumidor, pues aunque la prueba de los hechos no es propiamente un derecho, sino una carga, la asunción por el consumidor de la carga de probar la no existencia de los hechos extintivos, impeditivos o excluyentes cuando reclame frente al empresario con el que contrató, o la carga de probar la inexistencia de hechos constitutivos, si fuera el empresario el que reclamara frente a él, agrava notablemente la posición procesal de aquél, produciéndose un notable perjuicio en su contra.

Sin embargo, se debe tener en cuenta también, para efectos de considerar la abusividad de la cláusula, la existencia de razones que de manera suficiente puedan justificar el desequilibrio que su inclusión pueda producir en el contrato, considerado éste en su integridad y en su relación con otros contratos.

La prohibición contenida en el numeral 3 del artículo 43 pretende evitar que las partes puedan alterar las normas legales que garantizan la igualdad procesal entre aquéllas, como quiera que los pactos o las condiciones generales que contienen tal inversión, introducidos por el empresario prevaliéndose de su posición dominante, pueden producir un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor.¹⁶³

Condiciones dependientes de la voluntad del profesional

Según el numeral 6 del artículo 43, son abusivas y, por tanto, ineficaces de pleno derecho, las cláusulas que vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumpla sus obligaciones.

¹⁶³ Mingo Bisaíl y Díez-Picazo Giménez, Comentarios, 1226 y 1227.

La prohibición se relaciona directamente, aunque no de manera necesaria y exclusiva, con aquellos supuestos en que se prevé la vinculación incondicionada del consumidor al contrato, aun cuando el profesional no hubiera cumplido con sus obligaciones, lo que en la práctica se traduce en la posibilidad que detenta el predisponente, prevaliéndose de su posición contractual dominante, de impedir cualquier tipo de reacción del consumidor frente al incumplimiento del profesional, especialmente el ejercicio de facultades resolutorias o cualesquiera otras similares (a).¹⁶⁴

También puede guardar relación con las condiciones de carácter potestativo, especialmente con aquellas cláusulas que entrañen la supeditación a una condición cuya realización dependa exclusivamente del profesional para el cumplimiento de la prestación, cuando al consumidor se le haya exigido un compromiso firme (b).

En este caso, la prohibición se fundamenta en que el cumplimiento de la obligación que pesa sobre el profesional no puede quedar supeditado a una condición que involucre exclusivamente la voluntad del profesional, porque ello entraña arbitrariedad y significa que la obligación se cumplirá si el obligado lo quiere.¹⁶⁵

a. Vinculación incondicionada del consumidor

Como hemos dicho, se trata de aquellos supuestos en que se prevé la vinculación incondicionada del consumidor al contrato, aun cuando el profesional no hubiera cumplido con sus obligaciones, lo que significa la posibilidad para el predisponente de impedir cualquier tipo de reacción del consumidor frente al incumplimiento de aquél, en especial, el ejercicio de la facultad resolutoria.

Para algunos autores, tales cláusulas son contrarias al principio sinalagmático¹⁶⁶ y al artículo 1546 del Código Civil, que permite al acreedor, en caso de incumplimiento, optar por exigir el cumplimiento o la resolución del contrato.

¹⁶⁴ Diez-Picazo y Ponce de León, Luis, Fundamentos de Derecho civil patrimonial, tomo I, pág. 469.

¹⁶⁵ Diez-Picazo y Ponce de León, Luis, Fundamentos de Derecho civil patrimonial, tomo I, págs. 469 y 470.

El supuesto previsto en numeral 6 del artículo 43, hace parte de un tipo más general de cláusulas abusivas, en las que la vinculación del contrato depende de la sola voluntad del profesional, y en las que la abusividad radica, precisamente, en la asimetría en que se halla el consumidor frente a la situación preeminente de aquél, y que lo deja sin fuerza para exigirle lo estipulado en el contrato.

Por el contrario, el profesional sí puede exigir al consumidor el pago del precio, lo que constituye un claro desequilibrio en perjuicio de éste.¹⁶⁷

Tal desequilibrio puede producirse mediante el uso de condiciones puramente potestativas, como veremos enseguida, o por otros medios jurídicos, como la interpretación o modificación unilateral del contrato, la facultad de resolución anticipada del mismo, etc., o la alteración de principios de la contratación privada, como el del sinalagma funcional en el caso de los contratos bilaterales.

Todas estas situaciones conducen a consolidar la posición asimétrica en que se halla el consumidor frente al predisponente de la cláusula, dejando el cumplimiento del contrato al arbitrio de una sola de las partes.¹⁶⁸

Ejemplos de tales cláusulas pueden ser los siguientes: 1. La cláusula por la cual el profesional establece que cumplirá “cuando pueda”, “cuando convenga, según criterios internos de asignación del trabajo”, o que genéricamente afirme que “los plazos de entrega serán cumplidos si es posible”; 2. La estipulación contenida en una condición general de contratación por la que el profesional se reserva el derecho a cumplir siempre que no se produzcan circunstancias que ocurran en el ámbito de su esfera de control, o

¹⁶⁶ Pertíñez Vílchez, Francisco, Contratos de adhesión, pág. 1646.

¹⁶⁷ Seuba Torreblanca, Joan, en Comentarios a la Ley General sobre Condiciones Generales de Contratación, 1036 y 1037.

¹⁶⁸ Seuba Torreblanca, Joan, en Comentarios a la Ley General sobre Condiciones Generales de Contratación, 1036 y 1037.

la posibilidad de hacer entregas parciales; y 3. En el caso de la venta de entradas para la asistencia a espectáculos, aquella que establece que, si por cualquier causa no se realizaran éstos, la organización no está obligada, ni a devolver el valor de las entradas, ni a permitir el acceso al espectáculo otro día.¹⁶⁹

El supuesto previsto en el numeral 6 del artículo 43 está compuesto por dos elementos: el compromiso firme e incondicionado del consumidor, por una parte, y la obligación condicionada del predisponente o profesional: el cumplimiento de las prestaciones de éste queda, en efecto, sujeta a la verificación de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro e incierto.

En el caso que nos ocupa, la condición es meramente potestativa en la medida en que su cumplimiento depende exclusivamente de la voluntad del profesional, quien es, a su vez, deudor de la prestación, sea la entrega de un bien, sea la realización de un servicio.

Por otra parte, la condición potestativa afecta el cumplimiento de las prestaciones del profesional, es decir, a la obligación u obligaciones que resultan del contrato, sean éstas principales o accesorias.¹⁷⁰

El otro extremo de la prohibición, que produce verdaderamente el desequilibrio en la posición contractual de las partes, lo constituye la existencia de un compromiso firme del consumidor, es decir, la existencia de un vínculo obligatorio a cargo de éste y, por tanto, el deber de cumplir la prestación objeto del mismo mediante el pago que ha asumido.

Tal compromiso firme, las más de las veces significa: 1. Cumplir con la prestación o pagar en cualquier caso, incluso cuando el profesional no haya realizado su prestación; 2. Pagar sumas de dinero con anterioridad a la ejecución de las obligaciones del

¹⁶⁹ Seuba Torreblanca, Joan, en Comentarios a la Ley General sobre Condiciones Generales de Contratación, 1044 a 1047.

¹⁷⁰ Seuba Torreblanca, Joan, en Comentarios a la Ley General sobre Condiciones Generales de Contratación, 1038 y 1039.

profesional, sea como anticipo, sea como pago anticipado del precio; ó 3. Asegurar incondicionalmente el pago.¹⁷¹

Como hemos dicho, la circunstancia de que exista una obligación condicionada del profesional frente a un compromiso firme del consumidor, si bien produce un desequilibrio en la posición contractual de las partes, no supone sin más que la cláusula que lo provoca sea abusiva, si al mismo tiempo no produce un perjuicio injustificado en contra del consumidor, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del contrato, como exige el artículo 42 de la Ley 1480 de 2011.

Puede suceder, en efecto, que una condición general que cuadra en el supuesto previsto en el numeral 6 del artículo 43, a pesar de generar un desequilibrio en la posición contractual de las partes, no produzca un daño al consumidor porque éste, considerado el contrato en su conjunto, contaba, por ejemplo, con la posibilidad de desistir y resolver el vínculo que le ataba con el profesional.¹⁷²

Cláusulas arbitrales

De acuerdo con el numeral 12 del artículo 43 (derogado por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012, sobre arbitraje nacional e internacional), son también abusivas y, por tanto, ineficaces de pleno derecho, las cláusulas que obliguen al consumidor a acudir a la justicia arbitral.

Según la doctrina, tal prohibición se fundamenta en el costo y en la dificultad que para el consumidor puede significar acudir a los sistemas comunes de arbitraje, que incluso pueden tramitarse en países distintos con arreglo a derechos distintos y en condiciones

¹⁷¹ Seuba Torreblanca, Joan, en Comentarios a la Ley General sobre Condiciones Generales de Contratación, 1042 y 1043.

¹⁷² En contra: Seuba Torreblanca, Joan, en Comentarios a la Ley General sobre Condiciones Generales de Contratación, 1043 y 1044.

que, en general, pueden considerarse excesivamente onerosas para el consumidor o como cargas de muy difícil cumplimiento.

Por excepción se admiten, como ocurre en el derecho español, los llamados arbitrajes de consumo, establecidos por la ley para la defensa de los consumidores.¹⁷³

La prohibición trata de evitar, según otros, que el empresario, mediante la imposición de una cláusula compromisoria, impida al consumidor a acudir a la jurisdicción ordinaria o a una institución arbitral con garantías de imparcialidad, como podrían ser los órganos arbitrales de consumo (España), en los que participan, además de la administración pública, profesionales de los sectores implicados o los órganos de arbitraje institucionales creados legalmente para un determinado sector o supuesto (transporte terrestre, por ejemplo).¹⁷⁴

Por otra parte, se considera que una condición general que imponga el sometimiento de un arbitraje distinto al de consumo, nunca podría tener la consideración de una “voluntad inequívoca”, como lo exige la ley, de someter la resolución de la controversia a arbitraje.¹⁷⁵

Sin duda, la sumisión a arbitraje implica la exclusión de la vía judicial ordinaria, pues el convenio arbitral impide a los jueces y tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje.

En el caso de los contratos de consumo, la exclusión de la vía judicial supone, aparentemente, la exclusión de un sistema de solución de controversias que está sometido a reglas especiales de protección del consumidor, justificadas por la asimetría entre profesionales y adherentes en las relaciones de consumo. Sin embargo, en el modelo arbitral, como equivalente jurisdiccional de la tutela judicial por los tribunales, se establecen también garantías especiales, de modo que al predisponente no le basta con

¹⁷³ Díez-Picazo, Fundamentos, I, 481.

¹⁷⁴ Pertíñez Vílchez, Francisco, Contratos de adhesión, 1650.

¹⁷⁵ Pertíñez Vílchez, Francisco, Contratos de adhesión, 1650.

imponer una cláusula compromisoria para liberarse de las reglas de protección al consumidor.¹⁷⁶

Por ello, el numeral 12 del artículo 43, interpretado en armonía con el artículo 42, no prohíbe ni considera abusiva toda cláusula que establezca un convenio arbitral, sino aquella que en perjuicio del consumidor, consideradas las circunstancias particulares del contrato, produzca un desequilibrio injustificado, como podría ocurrir cuando no ofrezca las mismas garantías a las partes, o cuando otorgue mayores facultades al predisponente.

Una cláusula compromisoria podría considerarse abusiva, por ejemplo, porque constituye un obstáculo para que el consumidor acceda libremente a la justicia, bien porque éste no tiene la posibilidad de asumir los costos que supone el procedimiento arbitral, bien por consideraciones de otra índole.¹⁷⁷

Por último, la declaratoria de abusividad de la cláusula conlleva ineficacia de pleno derecho de la misma y la nulidad de los laudos arbitrales que hayan sido dictados por los tribunales de arbitramento constituidos al amparo de aquélla.

La jurisprudencia española considera posible que el tribunal que conozca del recurso de anulación contra el laudo arbitral aprecie la nulidad de la cláusula que imponga el convenio arbitral.¹⁷⁸

¹⁷⁶ Virgós Soriano, Miguel y Garcimartín Alférez, Francisco, en *Comentarios a la Ley General de Condiciones Generales de Contratación*, 208.

¹⁷⁷ Rodríguez Yong, Camilo, *Cláusulas abusivas*, págs. 102 a 111.

¹⁷⁸ Pertíñez Vílchez, Francisco, *Contratos de adhesión*, 1650.

Cláusulas que limitan o excluyen la facultad del consumidor de resolver el contrato por incumplimiento del profesional

Entre las facultades que tiene el acreedor en las obligaciones sinalagmáticas, en caso de incumplimiento del deudor, se halla la de resolver el contrato (art. 1546 CC). En el derecho comparado se considera abusiva la cláusula que limite o excluya la facultad resolutoria del consumidor, en caso de incumplimiento del contratante profesional.¹⁷⁹

El numeral 8 del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011, como concreción de la regla general contenida en el artículo 42 del mismo estatuto, según el cual son abusivas las estipulaciones que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor, igualmente considera abusivas las cláusulas que impidan al consumidor resolver el contrato en caso de que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor, salvo en el caso del arrendamiento financiero.

De acuerdo con lo anterior, la limitación o exclusión de la facultad resolutoria no están en sí mismas prohibidas y pueden en algunos casos estar justificadas.¹⁸⁰

Por otra parte, lo que en determinados casos permite acudir a argumentos analógicos, el supuesto del numeral 8 de la Ley 1480 de 2011 se relaciona estrechamente con el previsto en el numeral 6 de la misma disposición, que considera abusivas las cláusulas que vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumpla con sus obligaciones; así como con el previsto en el numeral 7, según el cual son abusivas las estipulaciones que 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.

¹⁷⁹ El artículo 86, por ejemplo, del TRLGDCU (cláusulas abusivas por limitar derechos básicos del consumidor y usuario), establece que, en cualquier caso, serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas y, en particular, aquellas estipulaciones que prevean la exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor y usuario por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario (1); o la limitación o exclusión de la facultad del consumidor y usuario de resolver el contrato por incumplimiento del empresario (5).

¹⁸⁰ Morales Moreno, Antonio Manuel, en Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Menéndez Menéndez, Aurelio (directores), Alfaro Águila-Real, Jesús (coordinador), pág. 1168.

Ahora bien, existen varios criterios para determinar cuándo una limitación o exclusión de la facultad resolutoria es injustificada: el que tiene en cuenta, por ejemplo, la función que cumple la resolución por incumplimiento para determinar cuándo la exclusión o limitación de la misma es o no abusiva; y el que, por vía analógica, extrae de otras normas de protección de los consumidores, las razones que pueden justificar en un caso concreto la exclusión o limitación de la facultad resolutoria por parte del profesional o empresario.¹⁸¹

Exclusión de la facultad resolutoria

En los contratos sinalagmáticos la resolución ofrece al contratista insatisfecho por el incumplimiento significativo del otro contratante una salida que le permite poner fin a la vinculación contractual. Aquél deja de estar obligado a cumplir su prestación, o si ya ha cumplido, puede exigir la restitución de su prestación. La resolución se integra, como uno más, en el conjunto de remedios de que dispone el acreedor en caso de incumplimiento, resultando compatibles con algunos de ellos y con otros no.

Es por ejemplo incompatible con los remedios orientados a obtener la satisfacción in natura del interés contractual; o con los remedios que se orientan al reajuste de la equivalencia entre las prestaciones, adecuados en los casos en que el incumplimiento reviste la modalidad de cumplimiento defectuoso, como sucede con la actio quanti minoris en la compraventa, en caso de vicios ocultos.

La razón de esta incompatibilidad se funda en que estos remedios ofrecen al contratante insatisfecho un cauce adecuado para satisfacer su interés, sin necesidad de acudir a la desvinculación contractual, bien a través de la satisfacción directa de su interés, bien por medio del reajuste de la relación de equivalencia de prestaciones.

Por el contrario, la resolución es compatible con la indemnización de daños.¹⁸²

¹⁸¹ Morales Moreno, Antonio Manuel, en Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Menéndez Menéndez, Aurelio (directores), Alfaro Águila-Real, Jesús (coordinador), págs. 1169 y 1170.

¹⁸² Morales Moreno, Antonio Manuel, en Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Menéndez Menéndez, Aurelio (directores), Alfaro Águila-Real, Jesús (coordinador), pág. 1170.

En los contratos de consumo, un derecho básico de los consumidores es la protección de sus legítimos intereses económicos (art. 3º, num. 1 (1.1 y 1. 2) de la Ley 1480 de 2011, y la satisfacción de tal interés lo logra el consumidor por medio del cumplimiento del contrato por el otro contratante, en el plazo oportuno, o a través de la acción de cumplimiento. En caso de no lograrse tal satisfacción, la resolución permite al consumidor recuperar los recursos económicos empleados en la operación de consumo insatisfactoria para poder reasignar su utilización. Cuando se excluye o restringe la facultad resolutoria del consumidor, la estipulación que así lo establece está justificada, no siendo, por tanto, abusiva, cuando a aquél se le garantice, por otro medio alternativo a la resolución, la satisfacción de su interés en el cumplimiento del contrato.¹⁸³

Por el contrario, la privación o limitación de la facultad resolutoria del consumidor no está justificada si no se le garantiza obtener efectivamente el adecuado cumplimiento del contrato, bien mediante el cumplimiento del mismo, o bien mediante la recuperación de los recursos económicos utilizados en la operación de consumo.¹⁸⁴

A un resultado parecido se puede llegar mediante la utilización analógica que se da a la resolución, o a la acción redhibitoria, en otras normas, como las que consideran abusivas a las cláusulas que modifican, en perjuicio del consumidor, las normas legales sobre vicios ocultos, en las que, como excepción, se permite reemplazar la obligación de saneamiento por la de reparación o sustitución de la cosa objeto del contrato, siempre que las mismas no conlleven para el consumidor gasto alguno y no excluyan o limiten los derechos de éste a la indemnización de los daños y perjuicios en caso de que la reparación o sustitución no fueren posibles o resultasen insatisfactorias. Bajo esas

¹⁸³ Para Pertíñez Vílchez, cualquier restricción o exclusión del derecho del consumidor a resolver el contrato cuando haya habido un incumplimiento grave y definitivo por parte del empresario, es inadecuada y, por lo tanto, abusiva, sin posibilidad alguna de justificación. (Contratos de adhesión, pág.1647, nota 123).

¹⁸⁴ Morales Moreno, Antonio Manuel, en Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Menéndez Menéndez, Aurelio (directores), Alfaro Águila-Real, Jesús (coordinador), pág. 1171.

condiciones más o menos equivalentes, ha de considerarse justificada la exclusión de la facultad resolutoria por incumplimiento.¹⁸⁵

La función de la resolución, como cauce para garantizar los intereses económicos de los consumidores, impide que la misma pueda excluirse sin garantizar al consumidor la utilización de otros cauces idóneos para satisfacer su interés.

En consecuencia, no sería abusiva la cláusula o condición que antepusiera al ejercicio de la facultad resolutoria otros remedios. De esta manera, el ejercicio de la facultad resolutoria se podría condicionar al intento previo de conseguir la satisfacción del consumidor a través de la pretensión de cumplimiento del contrato, o la subsanación del cumplimiento defectuoso. No se priva al consumidor de sus derechos básicos si se orienta su reclamación hacia una satisfacción in natura de su interés, lo que además permite conciliar tal interés de obtener el cumplimiento del contrato con el interés del contratante profesional de poder corregir el cumplimiento defectuoso.

Sin embargo, el reemplazo de la resolución por el cumplimiento del contrato sería justificada (idónea o adecuada) si efectivamente se alcanza la satisfacción del interés del consumidor, sin que se empeore su situación respecto de la que habría tenido lugar de haberse cumplido normalmente el contrato, lo que exige que no se le impongan gastos añadidos y que se le indemnicen los daños que la subsanación del incumplimiento no pueda reparar. El consumidor conserva en todo caso la posibilidad de ejercitar la resolución cuando no llegue a alcanzarse un adecuado cumplimiento del contrato, o cuando las circunstancias hagan prever que razonablemente dicho cumplimiento no se alcanzará.¹⁸⁶

En general no es posible sustituir la resolución por una reducción de la contraprestación (rebaja del precio) o una indemnización, pues esto supone obligar al consumidor a

¹⁸⁵ Morales Moreno, Antonio Manuel, en Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Menéndez Menéndez, Aurelio (directores), Alfaro Águila-Real, Jesús (coordinador), págs. 1171 y 1172.

¹⁸⁶ Morales Moreno, Antonio Manuel, en Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Menéndez Menéndez, Aurelio (directores), Alfaro Águila-Real, Jesús (coordinador), pág. 1173.

mantener un contrato que no le proporciona la satisfacción de su interés. En el caso de la indemnización, ésta se orienta a reparar el daño producido por el incumplimiento y a satisfacer, de modo indirecto, el interés contractual. La indemnización es un paliativo que no procura una satisfacción directa del interés del consumidor.¹⁸⁷

b. Limitación del ejercicio de la facultad resolutoria

La limitación de la facultad resolutoria puede tener diferentes manifestaciones. Se puede restringir la facultad resolutoria excluyéndola en algunos casos en los que la ley la reconoce; se pueden introducir requisitos en su ejercicio no impuestos por la ley; puede limitarse su duración o el tiempo de su ejercicio, etc. Nuevamente, la dificultad radica en saber cuándo y con fundamento en qué criterios, una cláusula o condición que restringe de cualquiera de esos modos la facultad de resolución es o no admisible, adecuada o justificada.

En principio, como criterio general, vale decir que no se puede privar al consumidor de la facultad resolutoria en los supuestos en que la ley se la atribuye, a menos que los demás remedios contractuales se orienten hacia la efectiva satisfacción del consumidor, en los casos en que ésta sea posible. Igualmente, la introducción de requisitos no previstos en la ley como forma de limitar la facultad resolutoria podrían estar justificados si los mismos resultan razonables y no supongan gastos sobreañadidos o inconvenientes para el consumidor.

El deber de colaboración entre los contratantes y ofrecer al profesional la posibilidad de corregir el defectuoso cumplimiento, puede justificar la imposición al consumidor del deber de comunicar al productor o proveedor el defectuoso cumplimiento, una vez que éste se manifiesta, dentro de un término razonable, antes de poder ejercer la facultad resolutoria, pero dicha cláusula no está justificada si el profesional conoce o debe conocer el hecho que el consumidor tiene que denunciar. Igualmente, la reducción de

¹⁸⁷ Morales Moreno, Antonio Manuel, en Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Menéndez Menéndez, Aurelio (directores), Alfaro Águila-Real, Jesús (coordinador), págs. 1174 y 1175.

plazos para el ejercicio de la facultad resolutoria será adecuada sino priva al consumidor de una efectiva protección de sus intereses por medio de la resolución.¹⁸⁸

Cláusulas que reservan a favor del profesional la facultad de interpretación y modificación del contrato

Tales supuestos de cláusulas abusivas se fundamentan en el hecho de permitir al profesional replantear de modo unilateral el alcance de su vinculación al contrato con posterioridad a su celebración.¹⁸⁹

El primer supuesto, que atribuye el carácter de abusiva a la cláusula o condición por medio de la cual el profesional se reserva la facultad de interpretación del contrato, contraviene el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 1256 del Código Civil español) y las disposiciones legales sobre interpretación de los contratos, en especial las reglas contra proferentem (arts. 1288) y prevalencia (art. 34 de la Ley 1480 de 2011).

La actividad de interpretación del contrato, tanto si se dirige a averiguar, fijar o reconstruir el significado de las reglas acordadas como a integrar las lagunas de aquél atendiendo al conjunto del clausulado, no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes porque ello le permitiría redefinir ex post, de modo unilateral, el alcance de sus propias obligaciones o las del adherente, y seleccionar acomodaticamente el entendimiento de los términos contractuales que le resulte más beneficioso.

En otros términos, la reserva de la facultad de interpretación facilita que el predisponente se apropie de la fracción del beneficio contractual que se halle en disputa por razón de la duda o laguna interpretativa, al poder resolverla dándole un sentido que alivie su coste de cumplimiento o agrave el del adherente; así como poner a cargo de éste la eventual

¹⁸⁸ Morales Moreno, Antonio Manuel, en Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Menéndez Menéndez, Aurelio (directores), Alfaro Águila-Real, Jesús (coordinador), pág. 1175 y 1176.

¹⁸⁹ Ferrer Riba, Josep, en Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Menéndez Menéndez, Aurelio (directores), Alfaro Águila-Real, Jesús (coordinador), pág. 990.

pérdida de valor del contrato que se derive de la aparición de un evento imprevisto, interpretando que el riesgo en cuestión había sido asumido por el consumidor.¹⁹⁰

La equiparación de los contratantes en su sujeción al contrato (principio de igualdad de las partes) determina que las discrepancias que genere su ejecución hayan de ser resueltas mediante un acuerdo entre ellas (interpretación auténtica), el arbitrio de un tercero, un laudo arbitral o una resolución judicial.

La interdicción de la facultad de interpretar unilateralmente el contrato impide al profesional formular juicios vinculantes o con valor de presunción sobre el significado de los términos contenidos en las cláusulas o estipulaciones del contrato, y con mayor razón, que pueda colmar las lagunas de éste mediante actos de interpretación integradora.

Igualmente le impide fijar y dar por probados los hechos y actos normativamente relevantes en la ejecución del contrato, calificarlos y enjuiciar su adecuación al contenido de la reglamentación contractual y de la ley.¹⁹¹

En particular, el profesional no puede determinar unilateralmente si se han cumplido las condiciones pactadas de las que dependa algún aspecto de la eficacia contractual o si las prestaciones, la suya propia o la del consumidor, se ajustan a lo estipulado en el contrato (numeral 7 del art. 43 de la Ley 1480 de 2011).

El rechazo de tales cláusulas se fundamenta en su contradicción con normas imperativas (arts. 1091 y 1256 del Código Civil español) y a las reglas de interpretación de los contratos (arts. 1618 a 1624 CC).¹⁹²

¹⁹⁰ Ferrer Riba, Josep, en Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Menéndez Menéndez, Aurelio (directores), Alfaró Águila-Real, Jesús (coordinador), pág. 991.

¹⁹¹ Ferrer Riba, Josep, en Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Menéndez Menéndez, Aurelio (directores), Alfaró Águila-Real, Jesús (coordinador), pág. 992.

El carácter abusivo de la cláusula que reserva la facultad de interpretación del contrato a favor del empresario o profesional, puede ser exceptuado, sin embargo, por motivos válidos especificados en el propio contrato.¹⁹³

Reserva de facultades de modificación unilateral del contrato

En segundo lugar, se consideran abusivas las cláusulas por medio de las cuales el profesional o empresario se reserva la facultad de modificación unilateral del contrato sin motivos válidos especificados en el mismo.

Esta prohibición, al igual que la anterior, se fundamenta en la interdicción de la arbitrariedad (art. 1256 del CC español), y con ella se pretende evitar que el predisponente pueda, durante la vigencia del contrato, alterar a su discreción, presumiblemente a la baja, el valor del intercambio en contra del consumidor.¹⁹⁴

En particular, la facultad de modificación favorece que se produzcan comportamientos oportunistas del predisponente, especialmente si después de celebrado el contrato se materializan riesgos adversos que impidan al profesional cumplirlo en los términos pactados o que eleven sensiblemente para él el costo de tal cumplimiento.

Configuran el supuesto prohibido las cláusulas en las que el empresario o profesional se reserva un derecho potestativo de configuración del contenido del contrato, que puede ser activado mediante una declaración de voluntad ad hoc, o directamente mediante un acto de ejecución contractual que se aparte de lo inicialmente pactado.

¹⁹² Pertíñez Vilchez, Francisco, Contratos de adhesión, pág. 1646.

¹⁹³ Para algunos, sin embargo, tratándose de una prerrogativa contraria a normas imperativas, no exista ninguna razón que pueda justificar que una parte se atribuya la facultad de imponer a la otra su particular entendimiento de los pactos y condiciones del contrato. Al respecto, véase Ferrer Riba, Josep, en Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Menéndez Menéndez, Aurelio (directores), Alfaro Águila-Real, Jesús (coordinador), pág. 993.

¹⁹⁴ Ferrer Riba, Josep, en Comentarios a la Ley General sobre Condiciones Generales de Contratación, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Menéndez Menéndez, Aurelio (directores), Alfaro Águila-Real, Jesús (coordinador), págs. 993 y 994.

Quedan fuera del mismo, en cambio, las cláusulas en que la facultad de modificación del contrato dependa automáticamente de algún hecho o circunstancia ajena a la voluntad del predisponente.¹⁹⁵

Mediante la reserva de la facultad de modificación unilateral a favor del profesional, éste puede asignar ex post dichos riesgos al consumidor, sea incrementando la onerosidad de su obligación, imponiéndole la carga de recibir en pago una prestación parcial o totalmente distinta, o alterando de cualquier otro modo, en perjuicio del adherente, las reglas de cumplimiento preestablecidas en el contrato, quedando éste a merced del predisponente y en serio peligro de ser sustancialmente trastornado el equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes en la relación contractual.¹⁹⁶

En efecto, el consumidor queda vinculado a un contrato que puede ser para él mucho más oneroso o menos ventajoso que el pactado originalmente, cuya ejecución lo deje en una posición peor que aquella en la que se hallaría si el contrato hubiera sido resuelto.¹⁹⁷

Objeto de la modificación

La facultad de modificación que se reserva el predisponente puede afectar cualquier aspecto del contenido del contrato: las prestaciones de las partes, las circunstancias de la obligación o su modo de cumplimiento, o de los sujetos de la relación.

Modificación de las prestaciones

Pueden ser afectadas por este tipo de cláusulas las prestaciones objeto de la obligación del profesional predisponente, las cuales pueden ser cambiadas por otras distintas (como

¹⁹⁵ Ferrer Riba, Josep, en Comentarios a la Ley General sobre Condiciones Generales de Contratación, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Menéndez Menéndez, Aurelio (directores), Alfaro Águila-Real, Jesús (coordinador), pág. 994.

¹⁹⁶ Ferrer Riba, Josep, en Comentarios a la Ley General sobre Condiciones Generales de Contratación, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Menéndez Menéndez, Aurelio (directores), Alfaro Águila-Real, Jesús (coordinador), pág. 994.

¹⁹⁷ Ferrer Riba, Josep, en Comentarios a la Ley General sobre Condiciones Generales de Contratación, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Menéndez Menéndez, Aurelio (directores), Alfaro Águila-Real, Jesús (coordinador), pág. 994.

las que facultan a éste para entregar un producto de valor similar); las características y calidades de las cosas y servicios objeto del contrato, como las que permiten variar la composición, el diseño o las especificaciones técnicas del producto, o las que permiten suministrar un modelo distinto del acordado; la cantidad o calidad de tales bienes, como las que establecen que el número de unidades, el peso o la medida pactados son aproximados, o las que autorizan a entregar una cantidad inferior a la pactada, aunque vayan acompañadas de una previsión de reducción de precio; la persona que ha de realizar la obra o prestar el servicio por cuenta del predisponente, si la identidad de la misma es relevante y fue tomada en cuenta al contratar.¹⁹⁸

Las cláusulas de modificación unilateral de las prestaciones o de las características del bien o servicio objeto del contrato son usuales en algunas modalidades del contrato de obra, a fin de que el contratista pueda, dentro de ciertos límites prefijados, introducir variaciones ante la aparición de dificultades imprevistas o cambios tecnológicos, sin tener que renegociar con el comitente. Fuera de estos casos, estas cláusulas pueden ser abusivas y, por tanto, nulas, especialmente si incluyen también la facultad de incrementar el precio, salvo que concurran motivos válidos especificados o no en el propio contrato.

Otro sector económico en el que es típico contratar bajo reserva a favor del profesional de las facultades de modificación unilateral de las prestaciones de las partes es el de servicios turísticos, en el que se reconoce al organizador de viajes, vacaciones o circuitos combinados, facultades de modificación unilateral del contrato, antes de la salida o después de ella, pero la ley ha dispuesto, con carácter imperativo que, si se usa tal facultad, se permita al consumidor optar por resolver el contrato o poner fin al viaje ya iniciado, especialmente cuando las soluciones propuestas por el organizador son inviables o concurran motivos razonables para rechazar la modificación, además de

¹⁹⁸ Ferrer Riba, Josep, en Comentarios a la Ley General sobre Condiciones Generales de Contratación, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Menéndez Menéndez, Aurelio (directores), Alfaro Águila-Real, Jesús (coordinador), págs. 995 y 996.

poder exigir la indemnización de daños si el incumplimiento de lo pactado no se deba a fuerza mayor.¹⁹⁹

Modificación de las circunstancias de la obligación o su modo de cumplimiento

También pueden ser abusivas las cláusulas o condiciones que permitan al predisponente modificar unilateralmente el lugar de cumplimiento de las obligaciones, su término inicial o final o sus plazos de ejecución, la periodicidad de las prestaciones, las condiciones de las que dependa la eficacia de las obligaciones, su resolución o cumplimiento por partes.²⁰⁰

Dentro de este tipo de cláusulas destacan las que facultan al predisponente para provocar el vencimiento anticipado de la deuda (en los contratos de préstamo, venta a plazos y arrendamiento financiero), especialmente si el ejercicio de tal facultad queda al mero arbitrio del predisponente.²⁰¹

Modificación del sujeto de la relación

Se trata de cláusulas que facultan al profesional para hacerse sustituir por un tercero, sea en su condición de deudor o de acreedor.

En los casos en que por la naturaleza de la prestación o de las circunstancias del contrato se desprende que es relevante para el consumidor la condición personal del

¹⁹⁹ Ferrer Riba, Josep, en Comentarios a la Ley General sobre Condiciones Generales de Contratación, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Menéndez Menéndez, Aurelio (directores), Alfaro Águila-Real, Jesús (coordinador), pág. 997.

²⁰⁰ Ferrer Riba, Josep, en Comentarios a la Ley General sobre Condiciones Generales de Contratación, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Menéndez Menéndez, Aurelio (directores), Alfaro Águila-Real, Jesús (coordinador), págs. 997 y 998.

²⁰¹ Ferrer Riba, Josep, en Comentarios a la Ley General sobre Condiciones Generales de Contratación, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Menéndez Menéndez, Aurelio (directores), Alfaro Águila-Real, Jesús (coordinador), págs. 998 y 999.

deudor, las cláusulas que autorizan a éste a ceder el contrato o a transmitir su obligación, se consideran en principio abusivas.²⁰²

Tal regla normalmente se solapa con la que prohíbe la cesión del contrato con efectos liberatorios para el cedente si tal cesión produce la merma de las garantías del consumidor cedido, la que puede extenderse analógicamente a las cláusulas que facultan al profesional para delegar el cumplimiento de su obligación en un tercero con efectos liberatorios para aquél.²⁰³

La cláusula por la que el profesional se reserva la facultad de ceder a un tercero su posición de acreedor frente al consumidor no es en sí misma abusiva, pues la cesión del crédito no requiere el consentimiento de éste para su validez y eficacia. Sin embargo, su incorporación al contrato no puede entenderse como que el consumidor consiente por anticipado la cesión y que renuncia por ello a la facultad de oponer al cesionario las excepciones que hubiera tenido contra el cedente.

Por otra parte, la idea de merma de garantías comprende no sólo la solvencia para responder de la indemnización de daños o para restituir las cantidades abonadas por el consumidor, sino también para llevar a cabo la prestación convenida con el consumidor a plena satisfacción de éste.

Justificación de la reserva de la facultad de modificación unilateral del contrato

Las estipulaciones sobre modificación unilateral del contrato, así figuren en un listado de cláusulas abusivas (lista negra), son susceptibles de valoración o juicio de abusividad, y pueden no ser abusivas según los motivos o las condiciones particulares del contrato.

²⁰² Ferrer Riba, Josep, en *Comentarios a la Ley General sobre Condiciones Generales de Contratación*, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Menéndez Menéndez, Aurelio (directores), Alfaro Águila-Real, Jesús (coordinador), pág. 1000.

²⁰³ Ferrer Riba, Josep, en *Comentarios a la Ley General sobre Condiciones Generales de Contratación*, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Menéndez Menéndez, Aurelio (directores), Alfaro Águila-Real, Jesús (coordinador), págs. 999.

Son abusivas, por tanto, las cláusulas de modificación que carecen de motivo o de razones suficientes para que el predisponente se reserve tal facultad, y simplemente se limita a imponer al adherente las modificaciones del contrato que aquél decida en el curso de su ejecución.

También son ineficaces las reservas de modificación unilateral fundadas en razones indeterminadas o formuladas con extrema vaguedad, como la concurrencia de motivos graves, circunstancias sobrevinientes, imprevistos, impedimentos, o otras razones expresadas de modo similar, cuya definición o concretización corresponda hacerla únicamente al predisponente.²⁰⁴

La facultad de modificación unilateral del contrato, como remedio general frente a la imposibilidad o la mayor onerosidad del cumplimiento, requiere un cierto grado de precisión en las causas que la justifican, grado que depende de las particulares de cada sector del tráfico, salvo los casos en que sea razonable modificar unilateralmente el contrato por motivos que no podían preverse en el momento de su perfección, como ocurre con frecuencia en los contratos de larga duración, en los que la capacidad de prever futuras eventualidades que alteren las condiciones iniciales de celebración suele ser muy limitada.²⁰⁵

Suficiencia de las razones que fundamentan la modificación unilateral

Los motivos aducidos por el predisponente para modificar válidamente el contrato, además de estar claramente especificados, han de ser suficientes para justificar el desequilibrio que en contra del consumidor tal modificación puede producir en el contrato.

²⁰⁴ Ferrer Riba, Josep, en Comentarios a la Ley General sobre Condiciones Generales de Contratación, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Menéndez Menéndez, Aurelio (directores), Alfaro Águila-Real, Jesús (coordinador), págs. 1000 y 1001.

²⁰⁵ Ferrer Riba, Josep, en Comentarios a la Ley General sobre Condiciones Generales de Contratación, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Menéndez Menéndez, Aurelio (directores), Alfaro Águila-Real, Jesús (coordinador), pág. 1001.

La suficiencia de los motivos hace alusión al peso específico que han de tener las razones que fundamentan la modificación y que las hace atendibles a los ojos de quien juzga su abusividad.

La indeterminación del anterior estándar va a requerir del operador llamado a valorar si la cláusula que contiene la modificación es o no abusiva, un juicio casuístico de los motivos aducidos por el predisponente, en el que habrá de tomar como guía los criterios que resulten del derecho dispositivo, los usos del tráfico y las exigencias de la buena fe.²⁰⁶

Aunque no es fácil generalizar acerca de las razones que puedan justificar la revisión unilateral del contrato, la exigencia de motivos suficientes que puedan justificar dicha facultad se relaciona con los siguientes requisitos: 1. Que el ejercicio de dicha facultad, tal como haya sido configurada en el contrato, conlleve a un reajuste eficiente de éste, teniendo en cuenta la respectiva posición de las partes antes de la modificación, es decir, que reporte un beneficio para ambos contratantes, o cuando menos no sea perjudicial para el consumidor; y 2. Que se den circunstancias que hagan inviable o demasiado costoso llegar a ese resultado mediante una renegociación bilateral.²⁰⁷

Si se parte de que una modificación acordada por ambos contratantes es preferible a otra unilateral, pues el acuerdo novatorio sólo tendrá lugar si ambas partes consideran que sus términos no los perjudican, la facultad de modificar el contrato de modo unilateral debe circunscribirse a aquellas situaciones en que la renegociación es demasiado costosa o puede verse afectada por comportamientos estratégicos del adherente (el intento de obtener una ventaja desproporcionada a cambio de su consentimiento), que justifican que el predisponente cuente con facultades de modificación unilateral, o en los que no resulte razonable que el adherente obstaculice las modificaciones mediante la exigencia de renegociación de cada contrato individual, o en las que el consumidor

²⁰⁶ Ferrer Riba, Josep, en Comentarios a la Ley General sobre Condiciones Generales de Contratación, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Menéndez Menéndez, Aurelio (directores), Alfaro Águila-Real, Jesús (coordinador), pág. 1002.

²⁰⁷ Ferrer Riba, Josep, en Comentarios a la Ley General sobre Condiciones Generales de Contratación, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Menéndez Menéndez, Aurelio (directores), Alfaro Águila-Real, Jesús (coordinador), pág. 1002.

explote de modo oportunista y de mala fe la dependencia en que ocasionalmente pueda encontrarse el predisponente frente a él, como sucede cuando el adherente se niegue a consentir una modificación que de no llevarse a cabo perjudique particularmente la posición contractual del empresario por el nivel de inversiones que éste ha efectuado en el contrato, como sucede en el contrato de obra cuando sobrevienen circunstancias que hacen que la utilidad del trabajo ya ejecutado depende en buena medida de que puedan introducirse algunos cambios en el proyecto inicial. En tal caso, es justificable que el predisponente pueda reservarse, dentro de ciertos límites, la facultad de modificar el contrato sin contar con el beneplácito del comitente.²⁰⁸

Igualmente, parece estar justificada la reserva de la facultad de modificación unilateral del contrato en cabeza del predisponente cuando de alguna manera esté compensada la pérdida relativa de utilidad que la modificación puede conllevar al consumidor, especialmente cuando ocurran eventos que reduzcan el beneficio contractual y cuyo riesgo no deba ser asignado íntegramente al empresario o profesional.²⁰⁹

De lo anterior se desprende que la exigencia de razones suficientes debidamente especificados como motivos justificantes de la modificación unilateral del contrato comprende no solo el examen de las razones aducidas, sino también el tipo de modificación que se proponga y el objeto sobre el que recaiga (la prestación, sus circunstancias de tiempo y lugar, los deberes y cargas impuestos a las partes, etc.), así como las compensaciones otorgadas al consumidor como contrapeso al *ius variandi* que se ha reservado la otra parte, o los remedios alternativos a la propia modificación, como

²⁰⁸ Ferrer Riba, Josep, en *Comentarios a la Ley General sobre Condiciones Generales de Contratación*, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Menéndez Menéndez, Aurelio (directores), Alfaro Águila-Real, Jesús (coordinador), págs. 1003 y 1004.

²⁰⁹ Ferrer Riba, Josep, en *Comentarios a la Ley General sobre Condiciones Generales de Contratación*, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Menéndez Menéndez, Aurelio (directores), Alfaro Águila-Real, Jesús (coordinador), pág. 1004.

la atribución al consumidor de la opción de rechazar la modificación propuesta y resolver el contrato.²¹⁰

Han de considerarse admisibles las cláusulas en las que el motivo determinante de la modificación sea una contingencia positiva, una circunstancia sobrevenida que pueda ser aprovechada para incrementar la utilidad originaria del contrato para ambas partes, o al menos para una de ellas, dejando a la otra igual, pero que requiera la modificación del mismo.

Sin embargo, el hecho de que la prestación que vaya a recibir el consumidor a raíz de la modificación contractual sea objetivamente igual o más valiosa que la pactada, no justifica por sí solo la eficacia de la cláusula en cuestión, pues correspondería al deudor juzgar acerca de las preferencias del acreedor.

En caso de duda acerca de la virtualidad de la modificación propuesta para satisfacer el interés del acreedor, habrá que estarse a los usos y a la buena fe, tomando como pauta la valoración que de la nueva situación haría un consumidor típico.²¹¹

También han de considerarse admisibles las cláusulas de modificación que permitan al predisponente desviarse de la prestación proyectada dentro de los márgenes de tolerancia admitidos en el sector económico en el que se celebra el contrato, y que resulten razonables o tolerables según los usos del tráfico y el principio de buena fe. Dentro de estos límites, no ha de imponerse al productor de bienes o prestador de servicios el costo de lograr una identidad absoluta entre la prestación prometida y la

²¹⁰ Ferrer Riba, Josep, en *Comentarios a la Ley General sobre Condiciones Generales de Contratación*, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Menéndez Menéndez, Aurelio (directores), Alfaro Águila-Real, Jesús (coordinador), págs. 1004 y 1005.

²¹¹ Ferrer Riba, Josep, en *Comentarios a la Ley General sobre Condiciones Generales de Contratación*, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Menéndez Menéndez, Aurelio (directores), Alfaro Águila-Real, Jesús (coordinador), pág. 1005.

ejecutada, asumiendo el riesgo de la falta de exactitud, si de tal identidad no se deriva una utilidad significativa para un consumidor común.²¹²

Cuando se trate de contingencias negativas, es decir, eventos que reducen o eliminan la utilidad que las partes, o una de ellas, esperaban obtener del contrato, ha de considerarse válidos para justificar una cláusula de modificación unilateral aquellos eventos o circunstancias que describen riesgos que no podían considerarse asignados al predisponente al momento de celebrarse el contrato. En otros términos, no basta que el motivo explicitado sea una circunstancia sobrevenida, sino que ha de tratarse de motivos constitutivos de caso fortuito, fuerza mayor o que pudieran dar pie a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.²¹³

²¹² Ferrer Riba, Josep, en *Comentarios a la Ley General sobre Condiciones Generales de Contratación*, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Menéndez Menéndez, Aurelio (directores), Alfaro Águila-Real, Jesús (coordinador), pág. 1005.

²¹³ Ferrer Riba, Josep, en *Comentarios a la Ley General sobre Condiciones Generales de Contratación*, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Menéndez Menéndez, Aurelio (directores), Alfaro Águila-Real, Jesús (coordinador), págs. 1006 y 1007.

Capítulo VII

Control de las cláusulas abusivas

Tipos de control

Teniendo en cuenta el órgano estatal que lo ejerce, el control sobre las cláusulas abusivas puede ser legal (si es ejercido por el propio legislador), administrativo o judicial. Incluso el propio contratante, en ejercicio de su autonomía, puede ejercer también control sobre tales cláusulas, absteniéndose de celebrar el contrato que se le propone, o excluyendo de su contenido las estipulaciones que considere abusivas en perjuicio de sus intereses.²¹⁴

Control judicial de las cláusulas abusivas

Como quiera que las cláusulas abusivas pueden tener lugar en cualquier tipo de contratos, sean éstos civiles, comerciales o de consumo, de libre discusión o de adhesión (e, incluso dentro de éstos, a condiciones particulares o generales), el control judicial sobre aquéllas lo ejercen diversos órganos judiciales, según el reparto de competencias establecido en la ley: jueces ordinarios, especiales o tribunales de arbitramento, en los casos en que se haya pactado algún convenio arbitral (cláusula compromisoria o compromiso).

Al decidir si una cláusula es o no abusiva, y ante la insuficiencia de regulación legal sobre la materia, los jueces han tenido necesidad de definir los rasgos que caracterizan las cláusulas abusivas, los efectos que producen y los criterios que permiten establecer sus elementos definitorios, en especial el concepto de equilibrio injustificado.²¹⁵

²¹⁴ Sobre los controles legal, administrativo, judicial y autónomo de las cláusulas abusivas, véase Rodríguez Yong, Camilo, Cláusulas abusivas, págs. 76 a 91.

²¹⁵ Rodríguez Yong, Camilo, Cláusulas abusivas, págs. 89 y 90. Sobre el primer aspecto (características de las cláusulas abusivas), son paradigmáticas las sentencias de la Corte Suprema de Justicia del 19 de octubre de 1994, magistrado ponente Carlos Esteban Jaramillo

Control judicial de cláusulas abusivas en los contratos de consumo

En el ámbito del derecho de consumo, el artículo 56 de la Ley 1480 de 2011 estableció la acción de protección al consumidor (num. 3), mediante la cual se decidirán los asuntos contenciosos que tengan como fundamento la vulneración de los derechos del consumidor por la violación directa de las normas sobre protección a consumidores y usuarios, los originados en la aplicación de las normas de protección contractual contenidas en la mencionada ley o en normas especiales de protección.

De acuerdo a lo anterior, dentro del ámbito de la acción prevista en el numeral 3 del artículo 56 queda comprendido el derecho de protección contractual previsto en el numeral 1.6 del artículo 3º del mismo estatuto, según el cual los consumidores y usuarios tienen derecho a ser protegidos de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, en los términos previstos en la mencionada ley.²¹⁶

Schloss; y del 2 de febrero de 2001, magistrado ponente Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Al respecto, véase, Giraldo López Alejandro y otros, Comentarios al Nuevo estatuto del Consumidor, pág. 113.

²¹⁶ El Título VII de la Ley 1480 de 2011, que desarrolla el derecho a la protección contractual de consumidores y usuarios (arts. 34 a 55), comprende los siguientes aspectos: 1. Capítulo I, protección especial (arts. 34 a 36): interpretación favorable (art. 36); productos no requeridos (art. 37) y prohibición de ventas atadas; 2. Capítulo II, condiciones negociales generales y contratos de adhesión (arts. 37 a 41): requisitos de las condiciones negociales generales y los contratos de adhesión (art. 37); cláusulas prohibidas (art. 38); constancia de operación y aceptación (art. 39); aplicación a cláusulas negociadas (art. 40); y cláusula de permanencia mínima; 3. Capítulo III, cláusulas abusivas (arts. 42 a 44): concepto y prohibición (art. 42); cláusulas abusivas ineficaces de pleno derecho (art. 43); y efectos de la nulidad o de la ineficacia; Capítulo IV, de las operaciones mediante sistemas de financiación (art. 45): estipulaciones especiales (art. 45); Capítulo V, de las ventas que utilizan métodos no tradicionales o a distancia (arts. 46 a 48): deberes especiales del productor y proveedor (art. 46); retracto (art. 47) y contratos especiales (art. 48); Capítulo VI, protección al consumidor de comercio electrónico (arts. 49 a 54): definición de comercio electrónico (art. 49); deberes de proveedores y expendedores (art. 50); reversión del pago (art. 51); protección de los niños, niñas y adolescentes en comercio electrónico (art. 52); portales de contacto (art. 53) y medidas cautelares (art. 54); Capítulo VII, de la especulación, el acaparamiento y la usura (art. 55): definición de especulación, acaparamiento y usura (art. 55).

Competencia de las Superintendencias

El artículo 57 de la Ley 1480 de 2011, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución, atribuyó a la Superintendencia Financiera facultades judiciales para conocer de la acción de protección y dirimir, entre otros casos, los conflictos suscitados con ocasión de las cláusulas abusivas incluidas en los contratos celebrados entre las entidades financieras y los consumidores de sus productos y servicios.

Los procesos que versen sobre la violación de los derechos de los consumidores, establecidos en normas generales o especiales en todos los sectores de la economía, fueron atribuidos por el artículo 58 de la Ley 1480 de 2011 al conocimiento de la Superintendencia de Industria y Comercio o del juez competente, a prevención.

Procedimiento

Tanto los procesos sobre cláusulas abusivas que conozca la Superintendencia Financiera, como los que correspondan a la Superintendencia de Industria y Comercio, se tramitarán por el procedimiento verbal sumario, según las reglas especiales previstas en el artículo 58 de la Ley 1480 de 2011.

De lo anterior podemos concluir lo siguiente en materia de control judicial de cláusulas abusivas:

1. Por ser éstas un fenómeno de común ocurrencia en cualquier tipo de contratos (civil, comercial o de consumo), y con independencia de que se trate de contratos de adhesión o de libre discusión, el control judicial de las cláusulas abusivas en Colombia es ejercicio por jueces ordinarios (básicamente en relación con los contratos civiles y comerciales), por los tribunales de arbitramento (en los contratos civiles, comerciales o de consumo en que se haya pactado algún convenio o pacto arbitral) y por las Superintendencias Financiera y de Industria y Comercio (en los contratos de consumo exclusivamente, sean éstos financieros o de cualquier otro tipo);
2. El control judicial sobre las cláusulas abusivas es ejercido por los órganos judiciales de acuerdo con el reparto de competencias y los trámites procedimentales establecidos en la ley;

3. El control de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo lo ejercen las mencionadas superintendencias, en ejercicio de las facultades judiciales atribuidas por la ley según lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución.

4. A la Superintendencia Financiera corresponde conocer de los procesos contenciosos surgidos entre las entidades vigiladas por dicho organismo y los consumidores de sus productos y servicios (consumidores financieros), en ejercicio de la acción de protección al consumidor prevista en el artículo 56, num. 3, de la Ley 1480 de 2011.

Dentro del ámbito del numeral 3 del artículo 58 se encuentra el derecho de protección contractual establecido en el numeral 1.6 del artículo 3º de la Ley 1480 de 2011: protección contractual contra cláusulas abusivas en los contratos de adhesión.

5. A la Superintendencia de Industria y Comercio corresponde conocer de los procesos contenciosos surgidos en ejercicio de la acción de protección de los consumidores de bienes y servicios de los demás sectores de la economía.

6. Los procesos de conocimiento de las superintendencias se tramitarán por el procedimiento verbal sumario previsto en el artículo 58 de la Ley 1480 de 2011.

7. En todos los casos anteriores, cualquiera que sea el tipo de contrato de que se trate (civiles, comerciales o de consumo; de adhesión o de libre discusión entre las partes), el control judicial es de carácter material o de contenido y supone un juicio circunstanciado de abusividad.

El objeto de dicho juicio es definir si una cláusula concreta, inserta en el contrato, es o no abusiva.

8. En el ámbito del derecho contractual de consumo, el juicio de abusividad tiene por objeto definir si una cláusula o condición produce, en perjuicio del consumidor, un

desequilibrio injustificado en los derechos y obligaciones derivados del contrato, teniendo en cuenta las condiciones particulares del mismo (art. 42 de la Ley 1480 de 2011).²¹⁷

Control judicial de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión a condiciones generales

Los contratos de consumo pueden ser de adhesión o de libre discusión ente las partes. Los contratos de adhesión pueden ser, a su vez, a condiciones particulares o generales. En la economía de masas, el prototipo de contrato de adhesión lo constituye el contrato a condiciones generales.

El legislador colombiano, a diferencia del español, no limitó el concepto de cláusulas abusivas a los contratos con cláusulas predispuestas, ni a los contratos de adhesión a condiciones generales, de modo que aquéllas pueden tener ocurrencia en cualquiera de los tipos y modalidades de los contratos de consumo, y aun, como hemos visto, en toda clase de contratos, civiles o comerciales, de adhesión o de libre discusión, si bien en estos últimos su frecuencia es escasa y no muy importante desde el punto de vista económico.

Para el caso de los contratos de adhesión a condiciones generales celebrados con consumidores, el control judicial puede ser de dos clases: un control formal o de incorporación (art. 37 de la Ley 1480 de 2011); y un control material o de contenido, que tiene por objeto definir si una cláusula o condición, contenida en un contrato de adhesión a condiciones generales, es o no abusiva, lo que supone un juicio circunstanciado de abusividad (art. 42).

²¹⁷ Desde otro punto de vista, el control judicial de las cláusulas abusivas, independientemente del órgano que lo ejerza (jueces, árbitros o superintendencias), constituye un control material o de contenido, como quiera que tiene por objeto definir, mediante la valoración circunstanciada de las condiciones particulares del contrato (juicio de abusividad), si una determinada cláusula es o no abusiva, vale decir, si produce un desequilibrio injustificado en los derechos y obligaciones derivados del contrato.

Control formal de incorporación de las condiciones generales

Se llama incorporación o inclusión los requisitos bajo los cuales se entiende que las condiciones generales pasan a formar parte del contrato o a ser parte de su contenido.

En el ámbito del derecho contractual de consumo, la Ley 1480 de 2011 estableció tal tipo de control sobre las condiciones generales de los contratos de adhesión celebrados con consumidores (Capítulo II, arts. 37 a 41).

Las condiciones generales, en efecto, deberán cumplir como mínimo, so pena de ser tenidas por ineficaces o por no escritas, los siguientes requisitos (art. 37): haber informado suficiente, anticipada y expresamente al adherente sobre la existencia, efectos y alcance de las condiciones generales (num. 1); ser las condiciones generales concretas, claras y completas (num. 2); en los contratos escritos, los caracteres deberán ser legibles a simple vista y no incluir espacios en blanco.

En los contratos de seguros, el asegurador hará entrega anticipada del clausulado, explicándole el contenido de la cobertura, de las exclusiones y de las garantías.

En primer lugar, son requisitos de inclusión en los contratos escritos la expresa información que el predisponente debe facilitar o proporcionar al adherente sobre la existencia de las condiciones generales, entregándole un ejemplar de las mismas.

Además de lo anterior, para que las condiciones queden incorporadas al contrato se requiere que el adherente acepte la incorporación, que el escrito del contrato sea firmado por todos los contratantes y haga expresa referencia a las condiciones generales incorporadas.

En todo caso, se debe comprobar que los adherentes tengan conocimiento íntegro y efectivo de las condiciones generales y que las acepten expresamente.

Al igual que en el caso de la posibilidad o imposibilidad de negociación, la carga de la prueba del conocimiento o de la posibilidad de conocimiento de las condiciones generales corresponde al predisponente. Es decir, en caso de que el adherente niegue el

conocimiento de las condiciones generales, corresponderá al predisponente demostrar que aquél tuvo conocimiento efectivo de las condiciones generales de contratación, o que por lo menos procuró o facilitó dicho conocimiento, según los niveles de exigencia previstos en la ley.

Además, la redacción de las condiciones generales ha de ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

En consecuencia, no se entenderán incorporadas al contrato aquellas condiciones generales ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. La protección de los adherentes exige que, además de tener acceso y conocer las condiciones generales, puedan comprender fácilmente su contenido.

Por otra parte, no se entienden incorporadas al contrato aquellas cláusulas introducidas de forma sorpresiva o, dicho de otro modo, aquellas cuyo contenido un adherente normal y de buena fe no pueda razonablemente esperar en un contrato del tipo de que se trate (cláusulas insólitas o sorpresivas).

Las condiciones generales que cumplen los requisitos de admisión integran el contenido del contrato celebrado entre el predisponente y el adherente, y regulan la relación contractual a partir del nacimiento de la misma y hasta su extinción.²¹⁸

Los requisitos de incorporación son una serie de exigencias formales, de cuyo cumplimiento la ley hace depender la validez de las condiciones generales. Los requisitos de incorporación no constituyen un control de equilibrio como sí sucede con el juicio de abusividad en los contratos celebrados con consumidores. Establecen las condiciones formales de la integración de las condiciones generales al contenido normativo del contrato.

La finalidad de dichos requisitos [aunque no garantizan la correcta formación de la voluntad (la decisión consciente del adherente sobre su aceptación)] es lograr que éste

conozca y comprenda dichas condiciones, bien porque el predisponente las haya puesto a su disposición antes de la celebración del contrato, o bien mediante una redacción clara, comprensible y completa de las mismas.

La redacción de las condiciones generales ha de ser clara, concreta y sencilla en cumplimiento del principio de transparencia.

En otros términos, no se entenderán incorporadas al contrato las condiciones que sean incomprensibles, salvo que hayan sido aceptadas por escrito por el adherente, a cuyo favor han de interpretarse las cláusulas ilegibles, ambiguas u oscuras.

La legibilidad (o perceptibilidad visual) es un presupuesto de la comprensibilidad de las cláusulas, pues en este caso sólo es intelectualmente comprensible lo que es físicamente perceptible (legible).

En este sentido, normalmente se exige que las cláusulas puedan ser leídas por una persona normal sin un esfuerzo extraordinario.

La comprensibilidad es entendida como la posibilidad de aprehender o entender intelectualmente la regulación contenida en las condiciones generales, directa e inmediatamente, es decir, sin acudir a terceros ni a ulteriores explicaciones de dicho contenido.

Una cláusula oscura, por ejemplo, es incomprensible cuando no puede ser entendida fácilmente por el adherente (o no le permite a éste conocer el límite de sus derechos y obligaciones), o cuando la cláusula es entendible fácilmente pero susceptible de varias interpretaciones, sentidos o significados (ambigua).

En ambos casos, la ambigüedad u oscuridad de la cláusula debe resolverse a favor del adherente.

El estándar objetivo de comprensibilidad debe ser el contratante medio (el hombre honrado de inteligencia y nivel cultural medio y jurídicamente lego), y no el nivel cognoscitivo de cada contratante concreto, pues el predisponente no puede conocer a

priori las condiciones cognitivas de cada uno de los futuros contratantes que se van a adherir a las condiciones generales.

En todo caso, el requisito de transparencia debe adaptarse a las características del contratante medio según el sector del tráfico al que estén dirigidas las condiciones generales.

La concreción, por otra parte, exige la completa descripción del aspecto concreto a que la cláusula se refiera, a la definición clara y completa de los derechos y deberes que corresponden tanto al adherente como al predisponente.

Son cláusulas inconcretas las que se formulan de manera indeterminada o genérica su supuesto de hecho, de manera que el mismo englobe una pluralidad de hipótesis distintas.

El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones del adherente, por ejemplo, constituye un supuesto de hecho indeterminado que en un caso concreto no sólo puede impedir la incorporación de una cláusula al contrato, sino también, una vez incorporada, ser calificada de abusiva.

Control material de las condiciones generales

El control material o de fondo es el que se aplica al contenido de las condiciones generales con el propósito de comprobar que las mismas no contengan cláusulas abusivas.

Como hemos señalado, la utilización de condiciones generales en la contratación masiva es propicia al abuso del predisponente, razón por la cual se han diseñado controles del fondo o contenido de dichas condiciones, por fuera de los controles puramente formales, como pueden ser los requisitos previos de su incorporación al contrato.

Dicho control de abusividad sólo se aplica a las cláusulas impuestas por los profesionales en los contratos celebrados con consumidores. Sin embargo, hay quienes sostienen que la protección contra las cláusulas abusivas no sólo debe existir en las relaciones de

consumo, sino en cualquier situación en que haya necesidad de proteger al contratante débil, cualquiera que sea su condición económica, como puede suceder en la contratación entre profesionales.²¹⁹

Dicho control se lleva a cabo a través del test o juicio de abusividad que supone un proceso de concretización normativa mediante el cual se establece en cada situación concreta la norma aplicable con fundamento en la cual se define el carácter abusivo de una cláusula específica.²²⁰

De acuerdo con el artículo 42 de la Ley 1480 de 2011, se consideran abusivas las cláusulas que causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio injustificado de los derechos y obligaciones que se derivan del contrato, teniendo en cuenta las situaciones particulares de celebración de éste.²²¹

²¹⁹ Pertíñez Vílchez, Francisco, Contratos de adhesión, págs. 1598 y 1599.

²²⁰ Dicho proceso de concretización se basa en principios como la buena fe, equilibrio contractual e interdicción de la arbitrariedad, según el cual el contenido del contrato no puede quedar al arbitrio exclusivo de una de las partes sin una razón suficiente que lo justifique, en especial el precio, el cumplimiento o incumplimiento del contrato, o la modificación o resolución sin justa causa del mismo, así como el establecimiento de exoneraciones de responsabilidad en que pueda incurrir el predisponente por dolo, culpa o mora (prohibición de condonar el dolo futuro, art. 1522 Código Civil de Colombia). También por la idea según la cual las normas legales que prohíben la abusividad en los contratos tienen validez prima facie, de manera que sólo pueden ser consideradas abusivas aquellas cláusulas que generan en perjuicio del adherente o consumidor un desequilibrio importante e injustificado, es decir, carente de razones que, atendiendo la naturaleza del contrato, su objeto y las circunstancias de su celebración, no lo puedan justificar de manera aceptable o suficiente.

²²¹ Se discute, por una parte, si la contravención a la que alude la ley se refiere a la buena fe subjetiva o a la buena fe objetiva, inclinándose mayoritariamente la doctrina por esta última tesis, es decir, por un modelo contractual acorde con las normas éticas impuestas por la buena fe según el tipo de contrato. Por otra parte, se discute si el desequilibrio en los derechos y obligaciones derivados del contrato puede concretarse teniendo en cuenta separadamente los derechos y facultades, de un lado, y las cargas y las obligaciones, del otro. En el primer caso, las cláusulas serían abusivas si atribuyen al predisponente facultades de carácter exorbitante o si introducen limitaciones o restricciones injustificadas en los derechos y facultades de los consumidores. En el segundo caso, las cláusulas serán abusivas cuando supriman o reduzcan obligaciones o

De acuerdo con el inciso final del artículo 42 de la Ley 1480 de 2011, en caso de incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, las mismas serán ineficaces de pleno derecho, sanción que reitera el artículo 43 para la lista de cláusulas abusivas.

El artículo 44, por su parte, establece que la “nulidad o ineficacia” de una cláusula no afectará la totalidad del contrato, en la medida en que éste pueda subsistir sin las cláusulas nulas o ineficaces. En conclusión, la forma de ineficacia con que la ley sanciona las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores es la nulidad de las mismas como contenido normativo de aquéllos.

La nulidad de los contratos de consumo

En materia de derecho contractual de consumo, cabe mencionar la nulidad parcial del contrato por contener cláusulas abusivas y la revocación a instancia del consumidor o *ius poenitendi*.

La nulidad parcial de los contratos que contienen cláusulas abusivas es una modalidad especial de ineficacia mediante la cual se sancionan las infracciones a normas imperativas contenidas en las leyes especiales de protección de consumidores y usuarios, entendiéndose que las cláusulas nulas han de ser sustituidas por las legales, sin que haya de atenderse a la voluntad hipotética de los contratantes para mantener en

responsabilidades del profesional y cuando aumenten las cargas y obligaciones del adherente. Se distingue, entonces, entre condiciones generales y cláusulas abusivas, lo que significa que en contratos con consumidores donde se hayan impuesto condiciones generales, algunas de estas pueden ser abusivas después de un juicio de abusividad que así lo establezca. También puede haber en un contrato cláusulas abusivas aún cuando tales estipulaciones no merezcan la calificación de condiciones generales. La ley española de consumidores y usuarios exige para considerar una cláusula como abusiva el que no haya sido negociada individualmente, es decir, que en el período precontractual entre el profesional y el consumidor no haya habido discusión en relación con tal cláusula. La carga de la prueba de la existencia de negociación individual de una cláusula, como hemos dicho, pesa sobre el profesional como aplicación del principio *in dubio pro consumitore*.

vida el contrato rectificado. Sólo en caso de producirse una situación no equitativa de las posiciones de las partes, habrá lugar a la nulidad total del contrato.

Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas en el contrato. La parte de éste afectada por la nulidad se integrará con arreglo al principio de buena fe.

El juez que declare la nulidad dispondrá de facultades moderadoras respecto de las obligaciones y derechos de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario.

Respecto de la revocación a instancia del consumidor (derecho de desistimiento), aquél podrá revocar su declaración de voluntad sin necesidad de alegar causa alguna, dentro del plazo establecido por la ley, el cual es irrenunciable.

El ejercicio de esta facultad excepcional no está sujeto a forma y se configura en la ley española como una causa de anulabilidad con un régimen especial.

Las partes deberán, en consecuencia, restituirse recíprocamente las prestaciones, y el consumidor no reembolsará cantidad alguna por disminución del valor de la cosa por su uso normal, y se le reembolsarán los gastos necesarios y útiles.²²²

Principio de conservación del contrato

De acuerdo con el inciso final del artículo 44 de la Ley 1480 de 2011, cuando el contrato subsista, la autoridad competente aclarará cuáles serán los derechos y obligaciones que se deriven del contrato subsistente.

En España son nulas de pleno derecho las condiciones generales que incumplan, en perjuicio del adherente, los requisitos de incorporación. Además, la ley española

²²² Castán Tobeñas, José, Derecho civil español (común y foral), págs. 808 y 809.

considera nulas las condiciones generales que sean abusivas cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor (control de contenido).

Dicha nulidad es de pleno derecho y en interés del adherente, como sanción a las condiciones generales que contravienen normas de carácter imperativo.

Diferente de la nulidad es la declaración de no incorporación, que tiene por objeto proscribir del contrato aquellas condiciones generales incorporadas de manera ilegal, o incorporadas en contravención de los requisitos señalados en la ley al respecto.

Los efectos de la nulidad y de la declaratoria de no incorporación son parciales, lo que quiere decir que no producen la ineficacia total del contrato si éste puede subsistir sin tales cláusulas, y que aquella parte del contrato no afectada por la nulidad se debe integrar de acuerdo con las normas generales.²²³

²²³ Además de las acciones dirigidas a obtener la nulidad o la declaración de no incorporación de determinadas condiciones generales, el derecho español prevé una especial protección de los adherentes a través de acciones colectivas en cabeza de entidades o corporaciones que representan los intereses de aquéllos. Las acciones de cesación se dirigen a que se condene al demandado a excluir del contenido normativo del contrato las condiciones generales que se declaren nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contrato que ha de considerarse válido y eficaz. A dicha pretensión podrá acumularse la devolución de las cantidades que se hubiesen cobrado indebidamente en virtud de la contratación a que afecta la sentencia, y la indemnización de los perjuicios que hubiese causado la aplicación de las condiciones declaradas nulas. Las acciones de retractación persiguen una sentencia que declare e imponga al demandado, sea el predisponente o un tercero, el deber de retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizar las condiciones generales que se declaren nulas y de abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro. Las acciones declarativas se dirigen a obtener una sentencia que reconozca una cláusula como condición general y a obtener su inscripción cuando esta proceda. Todas las anteriores acciones son colectivas y, por consiguiente, su titularidad se radica en cabeza de entidades o corporaciones que representen los intereses de los adherentes o de posibles afectados con las condiciones generales (Díez-Picazo, Luis, Fundamentos, Tomo I, págs. 457 y 458).

6. Conclusiones

1ª En la Ley 1480 de 2011, el control material de las cláusulas abusivas de los contratos de adhesión (num. 1.6 del art. 3º), se articula en torno a la prohibición general de abuso (art. 42) y la lista no exhaustiva de cláusulas abusivas prevista en el artículo 43.

La definición de cláusula abusiva, a su vez, se centra en el concepto de desequilibrio injustificado, el cual debe ser establecido judicialmente mediante la ponderación circunstanciada de todas las condiciones particulares del contrato (juicio de abusividad).

Para concluir si una cláusula es o no abusiva, el juez deberá definir previamente, con arreglo a criterios objetivos de concretización normativa, los presupuestos de aplicación de las normas que establecen la prohibición general de abuso (art. 42), o la lista de cláusulas presuntamente abusivas (art. 43).

Deberá establecer, por ejemplo, la existencia de un desequilibrio injustificado en el contenido normativo del contrato en perjuicio del consumidor, pero como el artículo 42 de la Ley 1480 de 2011 no establece una prohibición absoluta o definitiva de abuso, sino una prohibición relativa o prima facie, el juez, con apego a criterios objetivos, deberá definir previamente cuándo una situación concreta puede ser razonablemente considerada como un desequilibrio y cuándo, además, tal desequilibrio puede ser calificado como injustificado.

Por la manera como está estructurado legalmente el concepto de cláusula abusiva en el derecho colombiano, puede concluirse que la prohibición general de abuso no prohíbe de manera categórica o definitiva cualquier desequilibrio de los derechos y obligaciones derivados del contrato, sino aquellos desequilibrios que sean además injustificados, es decir, carentes de razones que de manera suficiente los justifiquen, atendiendo las condiciones particulares del contrato.

En otras palabras, para definir si una cláusula es o no abusiva, el juez, mediante un proceso de ponderación circunstanciada o juicio de abusividad, deberá sopesar las razones que juegan a favor y en contra de considerar una situación concreta como constitutiva de un desequilibrio injustificado del contrato, teniendo en cuenta las condiciones particulares del mismo.

En resumen, para que una cláusula sea considerada abusiva se requiere, no sólo que la misma comporte un desequilibrio del contenido jurídico del contrato, sino que además dicho desequilibrio ha de ser injustificado, para definir lo cual no es útil cualquier motivo, sino aquellas razones que sean bastantes o suficientes de acuerdo a un modelo de conducta social considerado como paradigmático.

El problema metodológico que plantea la aplicación judicial de las normas legales sobre abusividad es, precisamente, que la fijación del plan de ordenación previsto por el legislador, en este caso del concepto de desequilibrio injustificado, por la especificidad de los casos en conflicto y la variabilidad de criterios a utilizar, supone el riesgo de incertidumbre y de arbitrariedad del juzgador.

Como advierte Díez-Picazo, la prohibición general de abuso, al rebasar al derecho legislado ante la imposibilidad de que el legislador pueda proveer una solución para todas las situaciones concretas, supone la posibilidad de un derecho judicial o pretoriano, cuestionable desde el punto de vista del principio constitucional de división de poderes, que en la concepción liberal clásica asigna a los jueces la simple aplicación de las leyes.

En consecuencia, por las “normas” que se pueden derivar del mismo, el proceso de aplicación de las normas legales sobre abusividad debe estar orientado por criterios metodológicos que ofrezcan la mayor garantía de uniformidad y objetividad posibles.²²⁴

²²⁴ Díez-Picazo, Luis, Prólogo al libro de Wieaker, Franz (Principio de buena fe), Madrid, Tecnos, 1992, pág. 13.

2ª Por otra parte, los presupuestos de aplicación de la prohibición general de abuso determinan la estructura del juicio de abusividad y de cada una de sus etapas declarativa y discursiva.

Cuando se deba definir si la cláusula de un contrato es o no abusiva, el juez deberá establecer, previa y cumulativamente, los siguientes extremos:

1. Que la cláusula produce un desequilibrio en el contenido jurídico del contrato. Antes, incluso, tendrá que definir qué se entiende por “desequilibrio”, pues el legislador colombiano, a diferencia del español, no suministra ninguna cualificación adicional que permita precisar tal concepto; y

2. Además, establecido el anterior requisito, corresponderá al juez ponderar la suficiencia de las razones que puedan justificar tal desequilibrio pues, como hemos dicho, sólo las estipulaciones que introduzcan desequilibrios injustificados en el contenido normativo del contrato merecen ser calificadas como abusivas.

Sólo en éste caso podrá declarar la nulidad de la cláusula y, eventualmente, ordenar la reparación de los daños que tal desequilibrio haya causado al consumidor adherente.

Los anteriores extremos, que constituyen los presupuestos de aplicación de la prohibición general de abuso determinan, como veremos, la estructura del juicio de abusividad y de cada una de sus etapas declarativa y discursiva.

En efecto, en el juicio de abusividad pueden distinguirse las siguientes etapas:

1. Una etapa declarativa en la que el juez establece la existencia de un desequilibrio contractual producido por la imposición unilateral de una cláusula o condición concreta; y

2. Una etapa discursiva en la que, establecido el requisito anterior, el juez pondera la suficiencia de las razones que justifican tal desequilibrio.

En resumen, en la etapa discursiva del juicio de abusividad son valorados los argumentos que actúan a favor y en contra del desequilibrio del contrato. Dicha etapa supone una concretización de la norma estatuida en el artículo 42 de la Ley 1480 de

2011 y en especial del concepto de desequilibrio injustificado, cuyo resultado ha de ser aplicado a la cláusula en examen con el objeto de definir si la misma es o no abusiva.

La principal dificultad que supone la aplicación judicial de la prohibición general de abuso, es que el artículo 42 de la Ley 1480 de 2011 no contiene ningún criterio que permita al juez definir cuándo una cláusula produce un desequilibrio en el contenido normativo del contrato, ni cuándo una razón puede ser considerada suficiente para justificar tal desequilibrio, lo que supone que el contenido normativo de la prohibición general de abuso, lo que ella ordena, prohíbe o permite, ha de ser definido por el juez en cada caso concreto con la ayuda de algún criterio objetivo de valoración.

En otras palabras, la aplicación de la prohibición general de abuso plantea al juez problemas interpretativos, dado el carácter indeterminado de dicha norma, asociado al concepto de desequilibrio injustificado.

La indeterminación se presenta porque del artículo 42 de la Ley 1480 de 2011 no se deduce ningún criterio que permita definir cuándo existe un desequilibrio en el contenido jurídico del contrato, ni la suficiencia de las razones que permitan fundamentar la consideración de una cláusula contractual como abusiva, lo que supone que el juez deba emprender en cada caso, con la ayuda de algún criterio metodológico (proporcionalidad, racionalidad o razonabilidad), un proceso de concretización normativa que le permita una correcta fundamentación de su fallo acerca de la abusividad de una cláusula o condición específica.

Con la ayuda de tal criterio metodológico, el juez define el peso o la suficiencia de las razones que pueden justificar un desequilibrio en el contenido jurídico del contrato, de modo que pueda concluir objetiva y racionalmente si la cláusula bajo estudio es o no abusiva.

3ª Como quiera que la regulación legal de la abusividad se articula en torno a una prohibición general de abuso y una lista no exhaustiva de cláusulas presuntamente abusivas, producto de una inveterada práctica contractual, es posible configurar varios modelos de juicio de abusividad para definir si una cláusula es o no abusiva, así como

una intensidad diferenciada del control judicial de contenido, según se trate de supuestos que se subsuman o no en la lista del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011.

Estas distintas versiones del juicio de abusividad pueden ser reconducidas a dos sistemas básicos, dentro de los cuales puede incluso identificarse varios modelos combinados o intermedios:

1. El modelo de juicio de abusividad para la aplicación de la prohibición general de abuso (artículo 42 de la Ley 1480 de 2011), que comprendería todos aquellos supuestos que no se subsumen en la lista de cláusulas presunta o prima facie abusivas; y
2. El modelo de juicio de abusividad para la aplicación de la lista enunciativa y no exhaustiva de cláusulas presunta o prima facie abusivas del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011.

Ambos modelos se distinguen por la intensidad diferenciada que en cada uno de ellos supone el control material de abusividad (test estricto, intermedio o débil), y en cuanto a las reglas sobre carga de la prueba y de argumentación que cada uno de ellos supone.

El test o escrutinio débil (rational basis test) se aplicaría a los casos de aplicación directa de la prohibición general de abuso, es decir, aquellos casos que no se subsumen dentro de los supuestos de la lista de cláusulas presunta o prima facie abusivas, y en los que no haya un motivo o razón para “sospechar” de la buena fe del predisponente.

Tal escrutinio representaría la fórmula “normal” para la aplicación de las normas sobre abusividad en el derecho contractual de consumo.

El criterio principal que define la aplicación de este tipo de escrutinio es la buena fe que ampara en estos casos la conducta contractual del predisponente (empresario o profesional). Por tanto, este tipo de escrutinio se aplica por regla general en aquellos casos de imposición unilateral de cláusulas o condiciones que no se consideran prima facie abusivas por no estar comprendidos en la lista del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011.

De acuerdo con el escrutinio débil, para que una cláusula o condición sea considerada abusiva, la misma debe producir un desequilibrio injustificado en el contenido jurídico del contrato, teniendo en cuenta las condiciones particulares del mismo. El escrutinio débil consta, por tanto, de dos exigencias: (1) Que la cláusula o condición produzca, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio en el contenido jurídico del contrato; y 2. Que dicho desequilibrio sea injustificado teniendo en cuenta las condiciones particulares del contrato.

En este sentido, una cláusula o condición es abusiva si, como lo establece el artículo 42 de la Ley 1480 de 2011, la misma produce, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio injustificado en el contenido jurídico del contrato, teniendo en cuenta las condiciones particulares de éste.

Mediante el escrutinio estricto, por su parte, se enjuiciarían aquellos supuestos presunta o prima facie abusivos incluidos en la lista del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011, precisamente por ser los casos más frecuentes e importantes de cláusulas o condiciones abusivas según la práctica contractual.

Tal escrutinio se aplicaría, en consecuencia, a los supuestos “sospechosos” de abusividad (limitación o exención de responsabilidad del predisponente, restricción de derechos del consumidor, etc.).

En los casos en que proceda el escrutinio estricto, para que una cláusula sea considerada abusiva, además de subsumirse en alguno de los supuestos previstos en la lista de cláusulas presunta o prima facie abusivas del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011, la misma debe producir, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio injustificado en el contenido normativo del contrato, teniendo en cuenta las condiciones particulares del mismo.

En otros términos, según el test estricto, una cláusula o condición es abusiva si cumple las siguientes exigencias: 1. Si se subsume en alguno de los supuestos previstos en el artículo 43 de la Ley 1480 de 2011 como “cláusulas abusivas”; 2. Si dicha cláusula o condición produce, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio injustificado en el

contenido jurídico del contrato, teniendo en cuenta las condiciones particulares del mismo (art. 42 de la Ley 1480 de 2011).

Tales exigencias hacen que la aplicación del escrutinio estricto sea la excepción, pues debe presumirse siempre la buena fe del predisponente, a menos que haya una razón suficiente para presumir lo contrario, como sucede precisamente en los supuestos previstos en la lista del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011.

Igualmente, la aplicación de este escrutinio supone una inversión de la carga de la prueba y de la argumentación: mientras el predisponente (empresario o profesional) no aduzca y fundamente suficientemente que la cláusula o condición por él impuesta no produce, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio injustificado en el contenido jurídico del contrato, teniendo en cuenta las condiciones particulares del mismo, la cláusula o condición se debe considerar abusiva.

Bibliografía

Cursos, manuales y tratados generales

Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, 2ª edición, 2007, traducción de Carlos Bernal.

Alexy, Robert, Teoría de la argumentación jurídica, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2ª edición, 2007, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo.

Alterini, Atilio Aníbal, Contratos. Civiles, comerciales y de consumo. Teoría general, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, reimpresión (1ª edición), 1999.

Alterini, Atilio Aníbal, Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas (Argentina y Paraguay), en Luis Díez-Picazo y Ponce de León (ponente general), Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas, Civitas, Madrid, 1996.

Barbier, Eduardo, Contratación bancaria, Buenos Aires, Astrea, 2000.

Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto, Lecciones de derecho mercantil, Pamplona, Aranzadi, 2007.

Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto (director), Contratos mercantiles, Valencia, 2008, tomo III, Contratos de adhesión y contratos electrónicos.

Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto y Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, Estudios de derecho del consumo, Tecnos, Madrid.

Bernal, Carlos, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1ª edición, 2003.

Bianca, Massimo, Derecho civil, El contrato (Fernando Hinestrosa y Edgar Cortés, traductores), Universidad Externado de Colombia, 1ª edición, 2007.

Broseta Pont, Manuel y Martínez Sanz, Fernando, Manual de Derecho Mercantil, 11ª edición, Madrid, Tecnos, 2003.

Díez-Picazo y Ponce de León, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial, Tomo I, Introducción-teoría del contrato, 6ª edición, reimpresión 2011, Civitas, Madrid, 1996.

Farina, Juan M., Contratos comerciales modernos, Astrea, Buenos Aires, 2ª edición, 1999.

Farina, Juan M., Defensa de consumidor y del usuario, Astrea, Buenos Aires, 3ª edición, 2004.

Galgano, Francesco, Derecho comercial, traducción de Jorge Guerrero, tomo I (El empresario), Temis, Bogotá, 1999.

Garrigues, Joaquín, Derecho mercantil, tomo 3, Contratos mercantiles, Temis, Bogotá, 1985.

Garrigues, Joaquín, Contratos bancarios, Madrid, 1975.

Gherzi, Carlos Alberto, et. alt., Contratos civiles y comerciales, Buenos Aires, 1994.

López de Zavalía, Fernando, Teoría de los contratos, Buenos Aires, 1997.

Lorenzetti, Ricardo Luis, Tratado de los contratos, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 1999.

Lorenzetti, Ricardo Luis, Consumidores, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003.

Llamas Pombo, Eugenio (coord.), Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios: comentarios y jurisprudencia de la ley veinte años después, La Ley-Ministerio de Sanidad y Consumo, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 2005.

Mosset Iturraspe, Jorge, Contratos, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995.

Mosset Iturraspe, Jorge, Lorenzetti, Ricardo Luis y Parente, Rodolfo Defensa del consumidor (Ley 24.240), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe (Argentina), 1993.

Reyes López, María José, Derecho privado de consumo, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

Sánchez Calero, Fernando, Principios de derecho mercantil, 13 edición, Thomson-Aranzadi, Pamplona (España), 2008.

Sánchez Calero, Fernando y Sánchez-Calero Guilarte, Javier, Instituciones de derecho mercantil, Aranzadi, Pamplona.*

Santos Briz, Jaime, Contratos civiles y mercantiles. Nuevas perspectivas, Granada, 1992.

Soto Laguila, Carlos Alberto, La transformación del derecho de los contratos, Lima, Grijley, 2005.

Soto, Carlos Alberto, "La transformación del contrato: del contrato negociado al contrato predispuesto", en Contratación contemporánea, dirigido por Alterini, De los Mozos y SOTO, Palestra - Temis, t. I, Bogotá, 2000, pág. 393 y sigs.).

Stiglitz, Rubén, Contratos civiles y comerciales. Teoría general, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

Stiglitz, Rubén, Derecho de seguros, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 3ª edición, 2001.

-Derechos y defensa del consumidor, La Rocca, Buenos Aires,

Suescún Melo, Jorge, Derecho privado, Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo, tomo II, 2ª edición, 2003 (2ª reimpresión, 2005, Legis, Bogotá .

Wieacker, Franz, Historia del Derecho privado, Madrid, 1966.

Wieacker, Franz, El principio general de buena fe (Carró, José Luis, traductor, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis, prólogo), Civitas, Madrid, 1986.

Monografías

AA.VV. : Las condiciones generales de contratación y cláusulas abusivas, Madrid, Fundación BBVA, 1996.

Alfaro Aguila-Real, Jesús, Las condiciones generales de la contratación, Civitas, Madrid, 1991.

Alonso Pérez, Mariano, Sobre la esencia del contrato bilateral, Salamanca, 1967.

Ballesteros Garrido, José Antonio, Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía privada, J.M. Bosch, Barcelona, 1999.

Benítez Caorci, Juan José, La interpretación en los contratos con cláusulas predispuestas, Temis, Bogotá, 2002.

Benítez Caorci, Juan José, La revisión del contrato, Temis, Bogotá, 2010 (2ª edición).

Díez-Picazo y Ponce de León, Luis, Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho Privado, Civitas, Madrid, 1979.

Díez-Picazo y Ponce de León, Luis, Ponencia general, en Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas, Civitas, Madrid, 1996, págs. 29-43.

Díez-Picazo y Ponce de León, Luis, Condiciones generales de la contratación (esbozo de una evolución), en Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación, Menéndez Menéndez, Aurelio, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis (directores) y Alfaro Aguila-Real, Jesús (coordinador), Civitas, Madrid, 2002.

Doddi, Cristina, Cláusulas de restricción de responsabilidad contractual, Buenos Aires, 2005.

Gómez Laplaza, María del Carmen, Condiciones generales de los contratos y tutela de los consumidores, Valladolid, 1994.

Muñiz Argüelles, Luis, Las cláusulas modificativas de la responsabilidad contractual, Temis, Bogotá, 2006.

Navarro Chinchilla, José, Condiciones generales de contratación y cláusulas abusivas: condiciones generales y cláusulas abusivas en la contratación bancaria, Valladolid, 2000.

Pagador López, Javier, Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas, Marcial Pons, Madrid, 1998.

Rengifo García, Ernesto, Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante, Universidad Externado de Colombia, reimpresión 2ª edición, Bogotá, 2009.

Rezzonico, Juan Carlos, Contratos con cláusulas predispuestas, Astrea, Buenos Aires, 1987.

Rodríguez Yong, Camilo Andrés, Una aproximación a las cláusulas abusivas, Legis, Bogotá, 2013.

Serra Rodríguez, Adela, Cláusulas abusivas en la contratación, Aranzadi, Pamplona, 2002.

Stiglitz, Rubén y Stiglitz, Gabriel, Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección del consumidor, Depalma, Buenos Aires, 1985.

Stiglitz, Rubén, Las cláusulas abusivas en el contrato de seguro, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Vallespinos, Carlos Gustavo, El contrato por adhesión a condiciones generales, Universidad, Buenos Aires, 1984.

Artículos y comentarios especializados

Cárdenas Mejía, Juan Pablo, Justicia y abuso contractual, en Mantilla Espinosa, Fabricio y Ternera Barrios, Francisco (directores), Los contratos en el derecho privado, Legis-Universidad del Rosario, Bogotá, 1ª edición, 2007 (2ª reimpresión, 2009), págs. 693 a 720.

Cárdenas Mejía, Juan Pablo, La protección del contratante y la evolución del derecho contemporáneo, en Mantilla Espinosa, Fabricio y Ternera Barrios, Francisco (directores), Los contratos en el derecho privado, Legis-Universidad del Rosario, Bogotá, 1ª edición, 2007 (2ª reimpresión, 2009), págs. 772 a 807.

Clavería Gosálbez, Luis Humberto, Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas, Bosch, Barcelona, 2008.

Giraldo López, Alejandro; Caicedo Espinel, Carlos Germán y Madriñán Rivera Ramón Eduardo, Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011), 1ª edición, Legis, Bogotá, 2012.

Laguado Giraldo, Carlos Andrés, Condiciones generales, cláusulas abusivas y el principio de buena fe en el contrato de seguro, Universitas, Universidad Javeriana, Bogotá, 2003.

Llamas Pombo, Eugenio, Comentario del artículo 10 bis de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios LGDCU, en Llamas Pombo, Eugenio (coord.), Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios: comentarios y jurisprudencia de la ley veinte años después, La Ley-Ministerio de Sanidad y Consumo, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 2005

Pertínez Vílchez, Francisco, Contratos de adhesión y contratos electrónicos, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto (director), Contratos mercantiles, Valencia, 2008, tomo III.

Pinzón Sánchez, Jorge, Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas, Derecho Privado, 17, Universidad de los Andes, Bogotá, 1995.

Pinzón Sánchez, Jorge, Contratos con cláusulas predispuestas, en Castro de Cifuentes, Marcela (directora), Obligaciones, Temis-Universidad de los Andes, Bogotá, 2010.

Suescún de Roa, Felipe, Control judicial de las cláusulas abusivas en Colombia: una nueva causal de nulidad, Revista de Derecho Privado, Universidad de los Andes, 41, septiembre de 2009.

Serra Rodríguez, Adela, Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en Reyes López, María José, Derecho Privado de consumo, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

Wiesner, Luis Roberto, Sociedad de masas, derecho privado y contratación estándar, Revista de Derecho Privado, Universidad de los Andes, Bogotá, junio de 1986.

**

*