

**NORMAS QUE PROTEGEN A LA PARTE DESEQUILIBRADA EN LOS
CONTRATOS FRENTE A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS**

**NORMAS QUE PROTEGEN A LA PARTE DESEQUILIBRADA EN LOS
CONTRATOS FRENTE A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS**

Laura Margarita Martínez

Juan Camilo Vásquez Bedoya

Universidad Pontificia Bolivariana

Laura Margarita Martínez y Juan Camilo Vásquez Bedoya, estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana en la República de Colombia, del pregrado de Derecho, analizan el problema jurídico que se presenta **frente al vacío normativo en nuestro sistema jurídico respecto de las cláusulas abusivas y las regulaciones que protegen a la parte débil del contrato.**

Correo electrónico: lauram.martinez@hotmail.es ; juanc.vasquez@upb.edu.co

NORMAS QUE PROTEGEN A LA PARTE DESEQUILIBRADA EN LOS CONTRATOS FRENTE A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS

Palabras claves.

Contrato, cláusulas abusivas, adhesión, desequilibrio, contractual.

Resumen

Las cláusulas abusivas son aquellas que favorece excesiva o desproporcionadamente la posición contractual del predisponente y perjudica inequitativa y dañosamente la del adherente. Este tipo de cláusulas suelen encontrarse comúnmente en el contrato de adhesión, no siendo este el único; entendiéndose por éste aquel contrato en el que una de las partes impone unas cláusulas a la otra parte, quien solo se adhiere al contrato.

Frente a las cláusulas abusivas se encuentran regulaciones que intentan cubrir todos los ámbitos que estas cláusulas logran penetrar. Sin embargo, el legislador se ha quedado corto en ellas, puesto que no logra permear cada ámbito. Por el contrario, al quedar muchos de estos ámbitos desprotegidos, las partes deberán aplicar normas por analogía, y al ser estas normas creadas para temas específicos, existen ámbitos que no podrán ser aplicados a casos de otros temas, quedando nuevamente vacíos normativos.

Por todo lo anterior se concluye que, por el hecho de no existir aun regulación precisa frente al tema de cláusulas abusivas, se presenta constantemente abuso del derecho en el contrato de adhesión.

NORMAS QUE PROTEGEN A LA PARTE DESEQUILIBRADA EN LOS CONTRATOS FRENTE A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS

Abstract

Unfair clauses are those favoring excessively or disproportionately the contractual position of the predisposer and damaging unfairly and harmfully the adhesion position. This kind of clauses is usually found in the adhesion contract, not being this the single one, and it is understood as a contract where one side imposes some clauses on the side that adheres to the contract.

Face to the unfair clauses it is found some regulations trying to cover all the areas susceptible of being penetrated by such clauses. However, the lawgiver has been limited and has been unable to penetrate each area. On the contrary, being many of these areas unprotected, both sides ought to apply norms by analogy, and having such norms for specific issues, some areas will not be applied in cases of different topics and consequently there will be again regulations gaps.

Since there is no precise regulation about the unfair clauses, it is concluded that the right to the contract of adhesion is constantly abused.

NORMAS QUE PROTEGEN A LA PARTE DESEQUILIBRADA EN LOS CONTRATOS FRENTE A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS

Introducción

La presente investigación hace referencia de manera general al tema de las cláusulas abusivas en el ordenamiento jurídico colombiano; sin embargo, se centra en las normas que protegen a la parte desequilibrada en los contratos frente a las cláusulas abusivas.

En Colombia este termino de cláusulas abusivas puede entenderse como un sinónimo de vacíos normativos, esto en cuanto no existe en el ordenamiento una regulación propia de estas cláusulas. La finalidad de esta investigación fue precisamente abordar las normas relativas a cláusulas abusivas enfocados en los mecanismos de defensa con los que cuenta aquella persona que está siendo víctima de dichas cláusulas. En el transcurso de la misma se percibe que si bien hay normatividades que mencionan algunos casos específicos de abusos, estos no son suficientes para permear cada situación que se presenta en realidad.

Dentro de la misma investigación se recurrió a jurisprudencia. Esto con el propósito de intentar cubrir aquellos vacíos con pronunciamientos de las cortes frente a casos que suceden a diario en la realidad. No obstante fue inútil en la medida en que estos tampoco fueron suficientes para cubrir tales vacíos normativos; es decir, que no hay tampoco por parte de las altas cortes pronunciamientos que sirvan de escudo a aquellas personas que se encuentren inmersas en situaciones de desfavorabilidad debido a cláusulas abusivas.

Como mecanismo alterno se recurrió al derecho comparado con países como Ecuador, Francia, Chile, Argentina, etc, teniendo como objetivo mostrar qué tanta regulación existe a cerca del tema en países como estos. Se observó que en países como Chile por ejemplo tampoco

NORMAS QUE PROTEGEN A LA PARTE DESEQUILIBRADA EN LOS CONTRATOS FRENTE A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS

cuentan con una normativa completa para el tema de las cláusulas abusivas, así que deben recurrir a la doctrina para poder llenar estos vacíos. En el caso de Francia existen normas que de manera genérica logran identificar cuáles serán cláusulas abusivas y cuándo no van a ser efectivas. Así, es notorio que algunos países se han preocupado por abordar este tema, mientras que otros han hecho caso omiso al mismo, tratándolo como si fuera un tema que poco sucediera o que solo sucedieran los casos expresos que trae la ley.

Normas que protegen a la parte desequilibrada en un contrato

En la multiplicidad de contratos que existen dentro de las diferentes corrientes del derecho, se ha podido observar que en muchos no existe un equilibrio entre las partes; todo ello tiene como efecto la vulneración del derecho a la “autonomía de la voluntad privada en los contratos”. Es así que cabe plantearnos el siguiente interrogante para poder inmiscuirnos en el verdadero problema: ¿cuál es la razón de ser de estos contratos? En el ordenamiento jurídico existen contratos en los cuales se encuentra la figura de las cláusulas abusivas, que son el mecanismo por medio del cual se materializa ese abuso de la parte contratante, lo cual amerita una intervención legislativa, jurisdiccional o incluso doctrinal.

Colombia no cuenta con una regulación legal con respecto a la cláusula abusiva, teniendo en cuenta que el legislador no considera idóneo hacerlo en la medida en que se reduciría tanto la demanda de contratos como la agilidad con la que estos se llevan a cabo, de tal manera que de este tema se ha encargado la jurisprudencia y la doctrina con la finalidad de poder dar manejo a estas relaciones desequilibradas.

NORMAS QUE PROTEGEN A LA PARTE DESEQUILIBRADA EN LOS CONTRATOS FRENTE A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS

Contrato de adhesión

Las cláusulas abusivas se pueden dar en diferentes tipos de contratos. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han identificado que el contrato que más se presta para que estas existan es el contrato de adhesión; esto debido a que en este contrato hay una parte que está subordinada a las cláusulas que estipula el predisponente. Paulina Veloso Valenzuela se pronuncia sobre las cláusulas abusivas sosteniendo:

“Los contratos de adhesión -contrapuestos a los contratos libremente discutidos o por negociación- son aquellos cuyas cláusulas son dictadas o redactadas por una sola de las partes. La otra se limita a aceptarlas en bloque adhiriendo a ellas.

El elemento distintivo de la adhesión, en concepto del profesor Jorge López Santa María, es el desequilibrio del poder negociador de los contratantes. El fenómeno de la adhesión puede ocurrir en una contratación aislada, fruto simplemente del mayor poder de una de las partes, acompañado, muchas veces, de la negligencia, ligereza o ignorancia de la otra, o bien en la contratación masiva donde la «empresa» impone un texto previamente redactado e impreso al «consumidor». La adhesión en la contratación masiva constituye normalmente lo que se denomina condiciones generales de contratación, también llamado contrato tipo...Elementos distintivos de estas cláusulas son: 1. Normalmente derogan las normas dispositivas o los usos que reglamentan el contrato correspondiente, 2. Son cláusulas que contrarían la buena fe contractual, 3. Atenían a la reciprocidad de las prestaciones, esto es, entrañan usualmente un

NORMAS QUE PROTEGEN A LA PARTE DESEQUILIBRADA EN LOS CONTRATOS FRENTE A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS

notorio desequilibrio de ellas y consiguientemente vulneran la justicia conmutativa” (PAULINA VELOSO VALENZUELA. Cláusulas abusivas, Págs. 445 y 447, en la obra colectiva Instituciones Modernas de Derecho Civil, Santiago de Chile, 1996).

Ahora bien, concentrándonos en nuestra jurisprudencia, el Estatuto de Protección al Consumidor consagra en su artículo 5, la definición de lo que es el contrato de adhesión:

Artículo 5. Ley 1480/2011

4. Contrato de adhesión: Aquel en el 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.

De dicha norma podemos extraer que los contratos de adhesión son un acuerdo de voluntades por medio del cual uno de los contratantes denominado predisponente impone al otro, llamado adherente, el contenido del contrato sin ninguna posibilidad de discutirlo ni de modificarlo, contando únicamente con la facultad de decidir libremente si contrata o no bajo el clausulado ofrecido dentro de un esquema de "lo toma o lo deja".

De lo anterior claramente se evidencia que el contrato de adhesión se concreta en la desigualdad que existe entre contratantes con relación a la posición contractual que ostenta cada uno, bifurcado de la siguiente manera la experiencia y profundo conocimiento que tiene el predisponente debido a la ejecución constante de su actividad económica y el poder derivado de su posición económica en el mercado, mientras que el adherente no dispone de esas dos características.

NORMAS QUE PROTEGEN A LA PARTE DESEQUILIBRADA EN LOS CONTRATOS FRENTE A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS

Con base en esto, el legislador no dirime su voluntad a prohibir este tipo de contratos sino que busca medidas tendientes a la protección de los derechos de los adherentes quienes se encuentran en un grado de subordinación debido a la modalidad contratada por medio de controles dirigidos a evitar abusos. Por medio de tales controles, el legislador restringe la autonomía privada del predisponente con el establecimiento de un conjunto de normas imperativas dirigidas a garantizar la presencia en los contratos de adhesión de un contenido mínimo en protección de los derechos de los adherentes; impone así unas cargas a los predisponentes como son el deber de información y el deber de buena fe, entre otros; somete el contenido de los contratos de adhesión a un control administrativo previo o posterior, según el caso, con el fin de evitar clausulados abusivos que vulneren los derechos de los adherentes; además establece un control judicial de los mismos.

En este sentido el legislador lo que busca es prohibir las cláusulas que le permiten al proveedor o productor una modificación unilateral del contrato o la facultad de poder incumplir sus obligaciones.

Partes del contrato de adhesión

Las partes en el contrato de adhesión son: el predisponente y el adherente.

El predisponente es una persona (natural o jurídica) que ostenta la calidad de empresario, la cual se enmarca en una posición de superioridad contractual frente al adherente que le permite diseñar el arquetipo negocial y establecer las reglas por medio de las cuales se regirán todas las relaciones jurídicas nacidas de los contratos de adhesión que celebre individual o masivamente

NORMAS QUE PROTEGEN A LA PARTE DESEQUILIBRADA EN LOS CONTRATOS FRENTE A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS

en el mercado para realizar todas las operaciones y transacciones en desarrollo de su actividad económica.

En el otro extremo de la relación jurídica encontramos al adherente, entendido como la persona (natural o jurídica) que contrata con el predisponente la adquisición de bienes y/o la prestación de servicios requeridos para la satisfacción de sus necesidades personales, familiares o domésticas como destinatario final de los mismos, o para incorporarlos en su proceso de producción o transformación, o simplemente para comercializarlos. De esta manera, el adherente se identifica como la parte débil en los contratos de adhesión, y básicamente puede ser de dos clases: consumidor y no consumidor (o empresario débil).

¿Qué se entiende por cláusula abusiva?

Las definiciones de cláusula abusiva pueden ser de fuente legal, jurisprudencial o doctrinaria. En nuestro sistema jurídico colombiano no existe reglamentación legal general sobre cláusulas abusivas pero la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 2 de febrero de 2001, consideró que cláusula abusiva es aquella que *“favorece excesiva o desproporcionadamente la posición contractual del predisponente y perjudica inequitativa y dañosamente la del adherente”* (Corte Suprema de Justicia, 2001). De esta postura, se puede evidenciar que en Colombia, por lo menos en principio, se liga el tema de las cláusulas abusivas a los contratos de adhesión.

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

NORMAS QUE PROTEGEN A LA PARTE DESEQUILIBRADA EN LOS CONTRATOS FRENTE A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS

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

Por su parte, Sergio Muñoz Laverde sostiene:

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

NORMAS QUE PROTEGEN A LA PARTE DESEQUILIBRADA EN LOS CONTRATOS FRENTE A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS

Características

Quien ha caracterizado jurisprudencialmente las cláusulas abusivas es la Corte Suprema de Justicia en la citada sentencia de casación del 2 de febrero de 2001, cuando señaló que las características arquetípicas de las mismas son:

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

La Corte Suprema de Justicia parece acoger entonces la tesis “restrictiva” según la cual las cláusulas abusivas se presentan únicamente en los contratos de adhesión.

Los contratos de adhesión son los mas propensos a que se presenten dentro de ellos cláusulas abusivas; esto debido al tipo de contrato frente al que nos encontramos en el cual las cláusulas están previamente establecidas por el predisponente. Frente a estos contratos el legislador permite esta prescripción previa para efectos de agilidad. Sin embargo, como se ha repetido en diferente ocasiones, el hecho de que se le permita establecer cláusulas de manera unilateral puede ser motivo de abuso del derecho del adherente. Frente a este contrato pueden suceder dos cosas, pero antes se debe tener en cuenta que actualmente se vive en una sociedad de consumo, donde consumir se convierte en una necesidad de todos, incluso logra permear a las clases menos favorecidas. Es por lo anterior que la primera situación que se puede presentar es que quien se quiera adherir al contrato, sea un consumidor que tenga la necesidad del bien o el servicio que esta contratando, por el simple hecho de la necesidad. va a acceder a los caprichos

NORMAS QUE PROTEGEN A LA PARTE DESEQUILIBRADA EN LOS CONTRATOS FRENTE A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS

de otro contratante quien tiene la disponibilidad de estos y por ende el poder; también se puede dar el caso frente a cualquier otro tipo de contrato que no sea de consumo, como puede ser el caso de un contrato laboral donde, por las mismas necesidades económicas que padezca una persona, puede aceptar ciertas condiciones laborales que han sido establecidas de manera unilateral sin un previo acuerdo de voluntades entre las partes.

Por todo lo anterior, la finalidad de esta investigación esta enfocada a determinar los mecanismos de control y protección que existen en el ordenamiento jurídico para aquellas personas víctimas de estos contratos desequilibrados, ya sea que dichos controles estén expresamente establecidos por el legislador, jurisprudencias o por órganos administrativos.

Regulación en el ordenamiento jurídico.

El legislador se ha preocupado por la protección de aquella parte víctima de un desequilibrio contractual por cláusulas abusivas, por lo que ha establecido regulaciones basadas en prohibiciones expresas de cláusulas que no pueden ir en un contrato y que, en la medida en que estas se encuentren dentro de él, van a ser causal de nulidad del mismo.

la regulación que más se atañe al tema en cuestión es la ley de los servicios públicos domiciliarios, ley 142 de 1994 artículo 133:

Artículo 133. Abuso de la posición dominante. Se presume que hay abuso de la posición dominante de la empresa de servicios públicos, en los contratos a los que se refiere este libro, en las siguientes cláusulas:

NORMAS QUE PROTEGEN A LA PARTE DESEQUILIBRADA EN LOS CONTRATOS FRENTE A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS

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

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

133.3. Las que condicionan al consentimiento de la empresa de servicios públicos el ejercicio de cualquier derecho contractual o legal del suscriptor o usuario;

133.4. Las que obligan al suscriptor o usuario a recurrir a la empresa de servicios públicos o a otra persona determinada para adquirir cualquier bien o servicio que no tenga relación directa con el objeto del contrato, o le limitan su libertad para escoger a quien pueda proveerle ese bien o servicio; o lo obligan a comprar más de lo que necesite;

133.5. Las que limitan la libertad de estipulación del suscriptor o usuario en sus contratos con terceros, y las que lo obligan a comprar sólo a ciertos proveedores. Pero se podrá impedir, con permiso expreso de la comisión, que quien adquiera un bien o servicio a una empresa de servicio público a una tarifa que sólo se concede a una clase de suscriptor o usuarios, o con subsidios, lo revenda a quienes normalmente habrían recibido una tarifa o un subsidio distinto;

NORMAS QUE PROTEGEN A LA PARTE DESEQUILIBRADA EN LOS CONTRATOS FRENTE A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS

133.6. Las que imponen al suscriptor o usuario una renuncia anticipada a cualquiera de los derechos que el contrato le concede;

133.7. Las que autorizan a la empresa o a un delegado suyo a proceder en nombre del suscriptor o usuario para que la empresa pueda ejercer alguno de los derechos que ella tiene frente al suscriptor o usuario;

133.8. Las que obligan al suscriptor o usuario a preparar documentos de cualquier clase, con el objeto de que el suscriptor o usuario tenga que asumir la carga de una prueba que, de otra forma, no le correspondería;...

133.26. Cualesquiera otras que limiten en tal forma los derechos y deberes derivados del contrato que pongan en peligro la consecución de los fines del mismo, tal como se enuncian en el artículo 126 de esta Ley.

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 se requiera permiso expreso de la comisión para contratar una de las cláusulas a las que este artículo se refiere, y ésta lo haya dado.

NORMAS QUE PROTEGEN A LA PARTE DESEQUILIBRADA EN LOS CONTRATOS FRENTE A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS

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

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.

En el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Decreto 663 de 1993 en su artículo 97, advierte sobre la abstención de convenir cláusulas que puedan alterar el equilibrio del contrato. Todo ello debido a que nuestro derecho comparado rechaza por nulidad absoluta la inclusión de tales cláusulas. En el sistema financiero, frente al tema de fiducias, existe una ley que también abarca el tema de las cláusulas abusivas en estos tipos contractuales. Por medio del decreto 663 de 1993 se prohíbe la existencias de estas cláusulas. Sin embargo, esta normatividad no regula expresamente una prohibición de cláusulas; solo menciona dicha prohibición, dejando así a los usuarios de este sector en una ambigüedad debido a que no les suministra los parámetros para poder identificar cuándo se está frente a una cláusula abusiva.

Por medio de la ley 1328 de 2009 se reforzó todo lo dicho por el decreto anterior. En esta ley, además, se hizo alusión a los contratos de adhesión y se prohibió expresamente la inclusión de cláusulas abusivas dentro de ellos; además se definió en el artículo 12 de la presente ley lo que el legislador consideró como practica de cláusulas abusivas, amen de advertir la existencia de sanciones en caso de ser llevadas a cabo.

NORMAS QUE PROTEGEN A LA PARTE DESEQUILIBRADA EN LOS CONTRATOS FRENTE A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS

“También es necesario precisar que la ley 1328 de 2009, contempla un listado de prácticas que se consideran abusivas y que están prohibidas para las entidades vigiladas como:

- *El condicionamiento al consumidor financiero por parte de la entidad vigilada de que este acceda a la adquisición de uno o más productos o servicios que presta directamente o por medio de otras instituciones vigiladas a través de su red de oficinas, o realice inversiones o similares, para el otorgamiento de otro u otros de sus productos y servicios, y que no son necesarias para su natural prestación.*

- *El iniciar o renovar un servicio sin solicitud o autorización expresa del consumidor.*

- *La inversión de la carga de la prueba en caso de fraudes en contra del consumidor financiero”¹*

La superintendencia, por medio de circulares, ha establecido que aquellas empresas que se encuentren bajo la vigilancia de ésta deben cumplir con un requisito y someterse a una revisión por parte de la defensoría del consumidor financiero cuya revisión debe tener enfoque en los contratos que éstas emiten para luego ser enviado a la junta directiva de la empresa y un informe a la superintendencia con las cláusulas abusivas detectadas.

El legislador ha creado un listado de cláusulas abusivas que son las llamadas listas negras o grises. Estas son leyes que descalifican previamente ciertas cláusulas, clasificándolas como abusivas y prohibiendo absolutamente su uso. En este caso dichas cláusulas deben ser revisadas

¹ Mónica María Moreno Herrera. (16 de Septiembre de 2014). CONTROL DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL CONTRATO DE ADHESIÓN CON EL CONSUMIDOR FIDUCIARIO. Univ. Estud. Bogotá (Colombia), 11, 331-353.

NORMAS QUE PROTEGEN A LA PARTE DESEQUILIBRADA EN LOS CONTRATOS FRENTE A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS

en conjunto respecto al resto del contrato. Frente a algunos de estos listados el mismo legislador ha traído la nulidad como sanción, cuando se plasmen algunas de estas cláusulas, lo cual debe estar declarado ante un juez, pero frente a algunas otras, como es el caso de la ley 1329 de 2009 en el paragrafo del artículo 11, se prohibieron las cláusulas consideradas como abusivas, y en caso de ser utilizadas éstas se van a entender por no escritas.

Por medio de la ley 1258 de 2008 se crean las sociedades por acciones simplificadas. En el desarrollo de su artículo 43 se hace mención al ejercicio abusivo del derecho; en él se describe lo que se entiende como abuso del derecho al voto de los accionistas en este tipo de sociedades y cuando se está en presencia de dicho abuso; además, en el presente artículo se establecen dos sanciones para cuando incurra en algunas de las causales que establece. Dicha sanción consiste en la nulidad y la indemnización de perjuicios siempre que éstos se causen.

Además de los controles anteriores existe también un control administrativo por parte del estado el cual puede ser ex ante o ex post. Es decir, es previo la aprobación del proyecto de contrato modelo, y es posterior la facultad de dejar sin efecto las cláusulas, ordenar la suspensión de uso del modelo y sancionar a la entidad.

Control ex ante: Se encuentra expresamente consagrado en el Estatuto Orgánico Financiero, artículo 146, numeral 4 por el cual se obliga a las sociedades fiduciarias a someter a revisión de la Superintendencia Financiera los modelos de contratos que utilizaran “Los modelos respectivos, en cuanto estén destinados a servir como base para la celebración de contratos por adhesión o para la prestación masiva del servicio, serán evaluados previamente por la Superintendencia Bancaria al igual que toda modificación o adición que pretenda introducirse en las condiciones generales consignadas en los mismos”.

NORMAS QUE PROTEGEN A LA PARTE DESEQUILIBRADA EN LOS CONTRATOS FRENTE A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS

Control ex post: Es la potestad que tiene la superintendencia de sancionar el uso de modelos no autorizados, o la inclusión de modificaciones sin revisión.

Por ultimo encontramos el control judicial. A este se acude como última instancia y es cuando el adherente tiene la posibilidad de acudir al juez para solicitar la nulidad de la cláusula que considera abusiva. *“La doctrina ha sostenido que el juez en estos casos debe cumplir con una función reguladora, en donde casi juzga en equidad, para defender la parte más débil en la relación contractual, que tuvo que someterse al modelo presentado”*²

En el estatuto general de consumidor, en sus artículos 56, 57 se le da a la superintendencia financiera facultades jurisdiccionales para que resuelva las controversias relativas al consumidor financiero, las cuales podrán tramitarse por medio de un proceso verbal sumario, con un único requisito de procedibilidad consistente en adjuntar de manera previa queja tramitada directamente ante la entidad así como su respuesta.

Como resultado se ha dado un panorama de avance judicial; esto debido a que anteriormente el consumidor debía tramitar todo por la justicia ordinaria, lo que implica altos costos en tiempo y dinero. De igual forma, se amplió el espectro ya que puede acudirse a la justicia arbitral.

Otra de las regulaciones es tratada por la sentencia de 2 de febrero de 2001 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en el tema de contrato de seguros en el que otorga el carácter de nula a toda cláusula abusiva que fuere “pactada” en este contrato, por lo cual sostiene:

² Mónica María Moreno Herrera. (16 de Septiembre de 2014). CONTROL DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL CONTRATO DE ADHESIÓN CON EL CONSUMIDOR FIDUCIARIO. Univ. Estud. Bogotá (Colombia), 11, 331-353.

NORMAS QUE PROTEGEN A LA PARTE DESEQUILIBRADA EN LOS CONTRATOS FRENTE A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS

“Toda vez que este tipo de cláusulas restrictivas, como la aquí invocada por la censura - calificadas como abusivas por la doctrina y la legislación comparadas-, eran nulas absolutamente por mandato del numeral primero del artículo 899 del código de comercio, hoy ineficaces según el literal (a) del numeral 2o del art.184 del Decreto 663 de 1993, en concordancia con el inciso 2o del numeral 4o del art. 98 y el numeral 3o del art. 100 de la misma normatividad, en cuanto violan disposiciones que como los arts. 1077 y 1080 del estatuto mercantil son imperativas... cumple anotar que tratándose de negocios jurídicos concluidos y desarrollados a través de la adhesión a condiciones generales de contratación como sucede con el de seguro, la legislación comparada y la doctrina universal de tiempo atrás han situado en primer plano la necesidad de delimitar su contenido particularmente para excluir aquellas cláusulas que sirven para proporcionar ventajas egoístas a costa del contratante individual... lo abusivo o despótico de este tipo de cláusulas que pueden estar presentes en cualquier contrato y no solo en los de adhesión o negocios tipo se acentúa aún más si se tiene en cuenta que el asegurador las inserta dentro de las condiciones generales del contrato”.

Es evidente que el legislador no ha sido lo suficientemente riguroso con la creación de regulaciones frente a las cláusulas abusivas ya que no ha logrado abarcar cada uno de los ámbitos en los que se pueden presentar. Sin embargo, por medio de las regulaciones vigentes al día de hoy, ha intentado cubrir esta necesidad legislativa en algunos temas específicos, extendiéndose éstos por analogía a aquellos frente a los que aun no se ha logrado establecer parámetros en el tema.

NORMAS QUE PROTEGEN A LA PARTE DESEQUILIBRADA EN LOS CONTRATOS FRENTE A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS

Autonomía privada de la voluntad

Es también de suma importancia referirnos, dentro del desarrollo de las cláusulas abusivas, a la autonomía privada de la voluntad. Esto debido a que, si bien sabemos que en nuestra carta política se reconoce dicha autonomía, es claro que la voluntad del particular no puede ejercitarse de forma abusiva, así como la decisión del adherente tampoco puede ir en contravía de los límites generales del orden público y las buenas costumbres. Es de acotar que durante los avances jurisprudenciales ha nacido la incertidumbre, la existencia de dicha autonomía en los contratos de adhesión, pues como bien hemos desarrollado no existe para el adherente la posibilidad de argüir su contenido y simplemente se somete a las condiciones que ofrece la otra parte quien se encarga de elaborar el clausulado en conveniencia a sus intereses. De allí que los juristas Duguit y Hauriour se expresan diciendo que *“Los contratos de adhesión no tienen de contrato sino el nombre”*.

Con todo esto, si se realiza un juicio de abstracción y conociendo la autonomía de la voluntad como un derecho fundamental con base constitucional, se aduce que cualquier vulneración al mismo en pactos contractuales puede ser atacado por vía de acción de tutela si se es afectado por una cláusula estipulada en el contrato y que como consecuencia desconozca un derecho fundamental. Por ello es que Alexei Julio Estrada -constitucionalista- señala *“(…) .Entonces es debido a la condición de contratos de adhesión que tienen este tipo de convenios y a la consiguiente limitación de la autonomía de la voluntad de una de las partes contratantes, que se justifica una aplicación reforzada del principio de la buena fe contractual en beneficio de la*

NORMAS QUE PROTEGEN A LA PARTE DESEQUILIBRADA EN LOS CONTRATOS FRENTE A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS

*parte más débil (...)*³ (ERNESTO RENGIFO GARCÍA. Del Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante, Universidad Externado de Colombia, 2002, Págs. 316 y 317).

Derecho Comparado

Se debe acotar que el primer derecho en generar medidas protectoras ante los contratos de adhesión fue el derecho del consumidor, debido a que en esta parcela del derecho se parte del supuesto de la desigualdad negocial y el poder de negociación que tiene el predisponente.

En Argentina, en materia de cláusulas abusivas en las relaciones de consumo, se sienta como base normativa los supuestos contemplados en el capítulo de los contratos por adhesión en el ámbito de los contratos en general. La diferencia estará en que, en el caso de los contratos de consumo, se podrá cuestionar la cláusula abusiva aún cuando el consumidor la haya aprobado expresamente.

Frente a entidades estatales que aprueban las condiciones predispuestas por las compañías automotrices o de seguros (la Inspección de Justicia en el primero y la Superintendencia de Seguros de la Nación en el segundo). Cuando estas empresas violan los derechos del consumidor al introducir cláusulas abusivas predispuestas en sus contratos, utilizan como principal fundamento en la aprobación cuasi sacra de las mentidas entidades, rechazando cualquier tipo de control judicial sobre la validez de las mismas.

³ ESTRADA, Alexei Julio. La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre Particulares. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, año 2000. Pág. 286.

NORMAS QUE PROTEGEN A LA PARTE DESEQUILIBRADA EN LOS CONTRATOS FRENTE A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS

En Ecuador, el tema se encuentra esbozado en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor en El Capítulo VII de la Ley denomina "PROTECCION CONTRACTUAL" e impone limitaciones de forma y de fondo a los contratos de adhesión, esta es taxativas, ya que en ningún momento se deja clausula en blanco. En los artículos 41 y 42 se establecen las limitaciones de forma, las cuales son:

1. El contrato de adhesión debe estar redactado en caracteres legibles; esto responde a la lógica misma de todo tipo de contratos;
2. El contrato de adhesión debe estar redactado en caracteres no menor a un tamaño de fuente de diez puntos. Esta obligatoriedad de forma responde a que, en muchos casos, los contratos de adhesión estaban redactados en caracteres muy reducidos que hacían imposible al consumidor comprender las cláusulas que estaba suscribiendo;
3. El contrato de adhesión debe estar redactado en términos claros y comprensibles. Esto busca evitar que se utilicen términos técnicos o propios de alguna ciencia específica, los cuales son entendidos únicamente por personas especialistas en determinada ciencia u oficio;
4. El contrato de adhesión no podrá contener remisiones a textos o documentos que, no siendo de conocimiento público, no se faciliten al consumidor previamente a la celebración del contrato: esto también es una medida lógica del legislador puesto que no se puede pretender que el consumidor se vea en la obligación de suscribir un contrato que se remite a otro documento que no ha conocido previamente;
5. En un contrato de adhesión, escrito con determinado tamaño de caracteres, no podrá existir además textos escritos con letras o números significativamente más pequeños. La ley establece

NORMAS QUE PROTEGEN A LA PARTE DESEQUILIBRADA EN LOS CONTRATOS FRENTE A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS

que si se presenta esta situación, los textos escritos con los caracteres significativamente más pequeños, se entenderán como no escritos;

6. El contrato de adhesión debe estar redactado en idioma castellano, salvo aquellos términos de otro idioma que se hayan incorporado al léxico de una actividad específica.

De igual forma, se establecen las limitaciones de fondo en el artículo 43 y prohíbe expresamente nueve estipulaciones contractuales, las cuales, de estar presentes en los contratos de adhesión, se considerarán nulas de pleno derecho y no surtirán efecto alguno. Estas nueve disposiciones expresamente prohibidas son:

1. Las que eximan, atenúen o limiten la responsabilidad de los proveedores por vicios de cualquier naturaleza de los bienes o servicios prestados;
2. las que impliquen renuncia, o limiten, los derechos que la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor reconoce;
3. las que inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;
4. las que impongan la utilización obligatoria de un arbitraje o mediación, salvo que el consumidor manifieste expresamente su consentimiento;
5. las que permitan al proveedor la variación unilateral del precio del bien o servicio sobre el que se está contratando;
6. las que autoricen al proveedor a resolver unilateralmente el contrato, a suspender su ejecución o revocar cualquier derecho nacido del contrato;
7. las que incluyan espacios en blanco, los cuales no hayan sido llenados o utilizados antes de que se suscriba el contrato;

NORMAS QUE PROTEGEN A LA PARTE DESEQUILIBRADA EN LOS CONTRATOS FRENTE A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS

8. las que impliquen la renuncia expresa por parte del consumidor, de los derechos procesales consagrados en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor; y,

9. en general, cualquier otra cláusula que cause indefensión al consumidor.

Por otro lado, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor establece que en los contratos de adhesión referentes a la prestación de servicios tales como telefonía celular, medicina prepagada, televisión satelital o por cable, entre otros, el consumidor podrá dar por terminado unilateralmente el contrato en cualquier tiempo, previa notificación por escrito al proveedor con al menos quince días de anticipación a la finalización del período en curso. Esta es otra limitación que el legislador ha querido establecer en la celebración de los contratos de adhesión, lo cual busca proteger a los consumidores de las prácticas abusivas de proveedores de bienes y servicios.

En cuanto a Francia, existió inicialmente la ley 78 -23 de 10 de enero de 1978. En esta se establecía lo relativo al derecho del consumidor y a las cláusulas abusivas. Frente a estas últimas se enunciaban dos parámetros que debía tenerse en cuenta para identificar cuando se estaba frente a una cláusula abusiva: el primero era la presencia de un abuso económico y el segundo la presencia de una ventaja excesiva. Posteriormente llega la ley 95-96 de 1995 en la cual se dice que una cláusula abusiva es aquella que tiene como efecto un detrimento del consumidor y genera un desequilibrio en las cargas del contrato.

En Chile no existe aún una definición clara de las cláusulas abusivas. Sin embargo, logra identificar cuáles son aquellas cláusulas que no van a producir efecto. Por lo anterior, la doctrina es quien entra a llenar esos vacíos del legislador, manifestando que son cláusulas abusivas

NORMAS QUE PROTEGEN A LA PARTE DESEQUILIBRADA EN LOS CONTRATOS FRENTE A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS

aquellas en las que las cláusulas del contrato son redactadas por una sola parte, mientras la otra se adhiere a dichas cláusulas.

NORMAS QUE PROTEGEN A LA PARTE DESEQUILIBRADA EN LOS CONTRATOS FRENTE A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS

Sugerencia/Comentario

Todos los mecanismos de control que el derecho diseña para la protección del adherente parten del visible presupuesto según el cual, en todos los contratos de adhesión, existe una marcada tendencia al abuso de la libertad contractual, pero también es claro que de por medio subyace una presunción de buena fe tanto del derecho, como de la parte adherente. En primer lugar la presunción que nace del derecho radica en el equilibrio que mantendrá el predisponente a la hora de configurar el clausulado del contrato, aun habiendo de por medio un desequilibrio connatural a este contrato. En segundo lugar, se encuentra la buena fe que nace de quien se adhiere; en tales condiciones confía en que la otra parte ha redactado un contrato teniendo en cuenta los intereses de ambas partes, todo ello como efecto a que el predisponente percibe el desequilibrio y, como encargo estatal a cumplir las leyes en sentido estricto, redacta un contrato donde plasma su propio interés y el de la parte contraria.

Lo anterior debe ir soportado en una verificación donde se compruebe que no se desvirtúa el propósito del contrato, ni las expectativas legítimas del contratante y que aquellos aspectos que no se negocian con el cliente, sean regulados con lealtad, sin caer en el error de la generalidad, si no centrándonos en la dogmática, pues una determinada cláusula, puede ser abusiva en un contrato y en otro no. Dependiendo de la posición de las partes, la posibilidad de negociar o la necesidad de contratar, entre otros.

Aunque está claro que en nuestro ordenamiento jurídico el tema de las cláusulas abusivas presenta bastantes vacíos, cabe añadir que se presenta cierto avance en el tema, pues el legislador ha procurado ser autosuficiente en cuanto a la protección del consumidor. Claramente se puede evidenciar esto en establecer la ineficacia de la forma como sanción a las cláusulas

NORMAS QUE PROTEGEN A LA PARTE DESEQUILIBRADA EN LOS CONTRATOS FRENTE A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS

abusivas. Es decir, la estipulación se entiende por no escrita; esto hace que no deba remitirse al juez para declarar la nulidad, lo que protege los principios de eficacia, eficiencia y economía procesal. Pero de igual manera, el legislador como complemento de protección no desecha el control administrativo y judicial, los cuales trabajan arraigados al control legislativo, y terminan siendo de uso efectivo para su aplicación, en primer lugar, otorgando al ente administrativo -superintendencia Financiera- la inspección, control y vigilancia para materializar la protección al contratante y en segundo lugar, como último momento de protección, permite al juez dirimir su conocimiento a la declaración de nulidad de una cláusula abusiva por objeto ilícito, para llenar los vacíos que subyacen por el desprovisto de leyes en cuanto al tema.

NORMAS QUE PROTEGEN A LA PARTE DESEQUILIBRADA EN LOS CONTRATOS FRENTE A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS

Conclusiones

Con todo esto, y a través del recorrido por el tema de las cláusulas abusivas y su protección al adherente, se puede afirmar que en Colombia no existe un régimen legal que regule de manera general las cláusulas abusivas. Es decir, no hay un referente normativo donde se abarque todo el tema en concreto, sino que por el contrario, se pueden encontrar apartados legislativos en el ordenamiento jurídico. Por ejemplo, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, así como la de los servicios públicos domiciliarios. En estos no se encuentra una lista taxativa de cómo proteger el adherente, sino que por el contrario, regula y ordena que los entes privados y públicos que se ven involucrados en dichos servicios se inhiban de convenir cláusulas que puedan alterar el equilibrio del contrato, haciendo que la parte contraria -consumidor- se vea socavada por el poderío económico del predisponente.

Es importante aclarar que lo anterior debe ir permeado, o mejor aún, dirigido por los principios generales de la buena fe, el abuso del derecho y la autonomía privada de la voluntad, los cuales son un instrumento que en conjunto son los que ayudan a determinar lo abusivo o no de un convenio en cada caso en concreto.

NORMAS QUE PROTEGEN A LA PARTE DESEQUILIBRADA EN LOS CONTRATOS FRENTE A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS

Bibliografía.

Momber Uribe, R. (2013). El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato. *Revista de derecho (Valdivia)*, volumen 26 (no. 1). Recuperado de www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502013000100001

Pérez Salas, D. O. (2005). Las cláusulas abusivas en el derecho privado colombiano. *Revista Jurídica Piélagus*, volumen 4. Recuperado de www.revistapielagus.com/articulos/05.-las-clausulas-abusiva.pdf

Laguado Giraldo C. A. (2003). Condiciones generales, cláusulas abusivas y principio de buena fe en el contrato de seguro. *Revista Javeriana*. Recuperado de revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/download/14847/11987

Moreno Herrera, M. M. (2014). Control de cláusulas abusivas en el contrato de adhesión con el consumidor fiduciario. *Univ. Estud. Bogotá*, volumen 11, 351-353. Recuperado de <http://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/4335815/13+CONTROL+DE+CLAUSULAS.pdf/a2488c79-5c86-4e7a-98f6-179e64f9955a>

Jurisprudencia financiera (2001). Seguros de cumplimiento. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Sentencia del 2 de febrero de 2001. Expediente 5670.

NORMAS QUE PROTEGEN A LA PARTE DESEQUILIBRADA EN LOS CONTRATOS FRENTE A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS

Mendieta, E. N. (2012). Los contratos por adhesión en relación a las relaciones de consumo, luces y sombras del proyecto de reforma del código civil y comercial de la nación. Congreso de Derecho Privado para estudiantes y jóvenes graduados “reflexiones sobre la reforma del Código Civil”. Comisión de contratos civiles y comerciales tema: contratos celebrados por adhesión: panorama actual y proyecciones en la reforma del código civil, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/ponencias-congreso-derecho-privado/contratos-civiles-y-comerciales-ezequiel-mendieta.pdf>