

**ANÁLISIS DE LA INEFICACIA DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA
LEY 1480 DE 2011**

AUTORES

MARÍA ALEJANDRA MARTÍNEZ ARNEO

GINA PAOLA MADRID RAMOS

PROGRAMA DE DERECHO

UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA

SEDE CARTAGENA

CARTAGENA DE INDIAS

2017

**ANÁLISIS DE LA INEFICACIA DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA
LEY 1480 DE 2011**

AUTORES

MARÍA ALEJANDRA MARTÍNEZ ARNEDO

GINA PAOLA MADRID RAMOS

REQUISITO PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO

PROGRAMA DE DERECHO

UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA

SEDE CARTAGENA

CARTAGENA DE INDIAS

2017

ANÁLISIS DE LA INEFICACIA DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA LEY 1480 DE 2011

María Alejandra Martínez Arnedo¹

Gina Paola Madrid Ramos²

RESUMEN

En el presente trabajo se realiza un estudio de la ineficacia de las cláusulas abusivas en la Ley 1480 de 2011 o Estatuto del Consumidor desde la doctrina y la jurisprudencia nacional, tomando como referencia internacional el derecho español y la definición de conceptos puntuales como prohibición general de abuso y principio pro consumatore, que se erigen junto al listado general de cláusulas abusivas, como los fundamentos jurídicos para que el operador jurídico determine, en un primer y profundo análisis, el contenido abusivo de dicha cláusula en el contenido normativo del contrato, y luego se lleve a la misma a la declaratoria de ineficacia.

PALABRAS CLAVE

Cláusulas abusivas, prohibición general de abuso, principio pro consumatore, juicio de abusividad, ineficacia de las cláusulas abusivas.

¹ Abogada en espera de grado de la Universidad Libre – Sede Cartagena. E-mail: maria.martinez.arnedo@gmail.com

² Abogada en espera de grado de la Universidad Libre – Sede Cartagena. E-mail: ginamadrid55@gmail.com

ABSTRACT

In the present paper a study of the inefficiency of abusive clauses in Law 1480 of 2011 or Consumer Statute is carried out from the doctrine and the national jurisprudence, taking as an international reference the Spanish law and the definition of specific concepts like general prohibition of abuse and principle pro consumatore, which are erected along with the general list of abusive clauses, such as legal grounds for the legal operator to determine, in a first and deep analysis, the abusive content of said clause in the normative content of the contract, and then is taken to the same to the declaratory of inefficacy.

KEYWORDS

Abusive clauses, general prohibition of abuse, principle pro consumatore, judgment of abusiveness, ineffectiveness of abusive clauses.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	2
2. HIPÓTESIS.....	4
4. OBJETIVOS.....	5
4.1. OBJETIVO GENERAL.....	5
4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	5
5. ESTRATEGIAS METODOLÓGICAS	6
5.1. FORMAS DE INVESTIGACIÓN	6
5.2. TIPOS DE INVESTIGACIÓN.....	6
5.3. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN.....	6
5.4. FUENTES, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN.....	6
6. CAPÍTULOS.....	6
6.1. CAPÍTULO 1: CONCEPTO DE PRINCIPIO PRO CONSUMATORE, CLÁUSULA ABUSIVA Y PROHIBICIÓN GENERAL DE ABUSO.....	7
6.2. CAPÍTULO 2: LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA LEY 1480 DE 2011.....	12
6.3. CAPÍTULO 3: DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LAS CLAUSULAS ABUSIVAS EN COLOMBIA.....	22
6.4. CAPÍTULO 4: LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL DERECHO COMPARADO: ESPAÑA Y LA LEY GENERAL DE DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS.....	28
6.5. CAPÍTULO 5: APLICACIÓN DEL JUICIO DE ABUSIVIDAD POR PARTE DEL JUEZ E INEFICACIA DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	32
7. CONCLUSIONES	46
8. BIBLIOGRAFÍA	49
9. CIBERGRAFÍA.....	51

INTRODUCCIÓN

La Ley 1480 de 2011 o Estatuto del Consumidor se erige como el régimen para proteger a quienes demanden bienes y/o servicios tendientes a la satisfacción de un requerimiento o necesidad, en el juego de las relaciones de consumo. Como materialización de las relaciones de consumo, y teniendo en cuenta que existen contratos cuyas cláusulas son estipuladas por el productor, proveedor o comercializador, dicha ley establece en diversos articulados la protección al consumidor en los contratos de adhesión, aunque la doctrina³ ha esgrimido que dicha protección contractual se hace extensible a todo tipo de contrato. A renglón seguido el Estatuto del Consumidor en su capítulo tercero regula las cláusulas abusivas las cuales define como aquellas que *producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afectan 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 los consumidores, En caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho.*⁴

Además, se establece en su articulado las cláusulas que serán ineficaces de pleno derecho sin embargo no se establecen unos criterios claros que ayuden al juez en un caso concreto a la determinación de un desequilibrio injustificado en contra del consumidor en un contrato, llevando incluso a la

³ Giraldo, A.; Caicedo C.; Madriñán, R., Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor, Legis, Primera Edición, 2012, página 114.

⁴ Artículo 42 Ley 1480 de 2011. Estatuto del Consumidor. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1480_2011.html

discrecionalidad y hasta la arbitrariedad en el ejercicio del poder jurisdiccional.

Es por lo anterior que se hace necesario precisar desde a doctrina, basados en la jurisprudencia vigente sobre el tema, cuales son los criterios legales y jurisprudenciales para determinar la ineficacia de una cláusula abusiva en un contrato, en la ley 1480 de 2011.

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

El Estatuto del Consumidor define como 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.*⁵ Y contempla la estudiada ley en artículo 43 las cláusulas abusivas **que serán ineficaces de pleno derecho**

1. *Limiten la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley les corresponden;*
2. *Impliquen renuncia de los derechos del consumidor que por ley les corresponden;*
3. *Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;*
4. *Trasladen al consumidor o un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad del productor o proveedor;*
5. *Establezcan que el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado;*

⁵ Artículo 42 Ley 1480 de 2011. Estatuto del Consumidor. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1480_2011.html

6. Vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumpla sus obligaciones;
7. Concedan al productor o proveedor la facultad de determinar unilateralmente si el objeto y la ejecución del contrato se ajusta a lo estipulado en el mismo;
8. Impidan al consumidor resolver el contrato en caso que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor, salvo en el caso del arrendamiento financiero;
9. Presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo;
10. Incluyan el pago de intereses no autorizados legalmente, sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal.
11. Para la terminación del contrato impongan al consumidor mayores requisitos a los solicitados al momento de la celebración del mismo, o que impongan mayores cargas a las legalmente establecidas cuando estas existan;
12. Obliguen al consumidor a acudir a la justicia arbitral.
13. Restrinjan o eliminen la facultad del usuario del bien para hacer efectivas directamente ante el productor y/o proveedor las garantías a que hace referencia la presente ley, en los contratos de arrendamiento financiero y arrendamiento de bienes muebles.
14. Cláusulas de renovación automática que impidan al consumidor dar por terminado el contrato en cualquier momento o que imponga sanciones por la

terminación anticipada, a excepción de lo contemplado en el artículo 41 de la presente ley.

También se evidencia que las normas citadas referentes a las cláusulas abusivas y su ineficacia de pleno derecho plantean un problema de interpretación dado a la indeterminación de su texto normativo, para la aplicación por parte del juez de la prohibición general de abuso que contempla, especialmente, el artículo 42 de la Ley 1480 de 2011, el cual no indica ningún parámetro para el juez sobre la incidencia del desequilibrio en las cláusulas del contrato, ni mucho menos el determinar las razones jurídicas de tal desequilibrio.

Por lo anterior nos planteamos como problema de investigación: *¿Cuáles son los criterios de interpretación jurisprudencial y legal para determinar la ineficacia de una cláusula abusiva en un contrato, en la ley 1480 de 2011?*

2. HIPÓTESIS

Consideramos que desde la jurisprudencia y la ley los criterios para determinar la ineficacia de una cláusula abusiva en un contrato, en el marco de la ley 1480 de 2011, comienzan cuando el juez con apego a criterios objetivos, define previamente cuándo una situación concreta puede ser razonablemente considerada como un desequilibrio y cuándo, además, tal desequilibrio puede ser tratado como injustificado y, al momento de evaluar la existencia de un desequilibrio injustificado en el contrato que se juzga, en perjuicio del consumidor este realiza un juicio ponderativo que tiene como fundamento la cláusula de prohibición de abuso, estipulado en el artículo 39 de la Ley 1480 de 2011.

3. JUSTIFICACIÓN

Dado a los problemas interpretativos y aplicación de la prohibición general de abuso en casos de posibles cláusulas abusivas en contratos donde una de las partes sea un consumidor, es preponderante un estudio del tema planteado en la presente propuesta para delimitar los criterios con los cuales se determinan y declaran ineficaz una cláusula como abusiva en un contrato que normalice las relaciones de consumo, en el marco de la Ley 1480 de 2011.

Esta investigación es viable porque las fuentes a consultar son accesibles y fácilmente analizables; es factible porque el equipo investigador que la acometerá está capacitado para ello y su financiación no es onerosa. Es útil porque es necesario establecer a nivel de doctrina jurídica las pautas básicas para el juicio ponderativo como corolario de la aplicación de la prohibición de abuso por desequilibrio injustificado de las condiciones de una parte en los contratos de consumo.

4. OBJETIVOS

4.1. OBJETIVO GENERAL

Analizar criterios de interpretación jurisprudencial y legal para determinar la ineficacia de una cláusula abusiva en un contrato, en la ley 1480 de 2011.

4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- 1) Determinar desde la jurisprudencia nacional los criterios con los cuales los jueces ha declarado ineficaces cláusulas abusivas en contratos.
- 2) Establecer el alcance de los criterios señalados en la ley para determinar la ineficacia de las cláusulas abusivas en los contratos.

3) Describir en la legislación internacional en materia de consumo la aplicación de la prohibición de abuso por desequilibrio injustificado de las condiciones de un contratante en casos concretos.

5. ESTRATEGIAS METODOLÓGICAS

5.1. FORMAS DE INVESTIGACIÓN

Esta es una investigación fundamentada en el paradigma Cualitativo, con enfoque Hermenéutico jurídico.

5.2. TIPOS DE INVESTIGACIÓN

En el campo del derecho esta es una Investigación jurídica pura.

5.3. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

Desde el punto de vista temporal, es una investigación descriptiva porque proporciona una visión amplia de la situación jurídica de aplicación de la prohibición general de abuso, en el derecho colombiano; según la profundidad u objetivo, esta investigación es exploratoria debido a que, por lo reciente de la ley no se ha abordado a profundidad la construcción del juicio ponderativo en el cual se determine la aplicación de la prohibición general de abuso por desequilibrio injustificado de las condiciones de un contratante.

5.4. FUENTES, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN

Tomaremos como fuentes para la presente investigación las **secundarias**, aprehendiéndonos de la realización de fichas bibliográficas, los cuales serán nuestros instrumentos de recolección de datos bibliográficos o documentales.

6. CAPÍTULOS

6.1. CAPÍTULO 1: CONCEPTO DE PRINCIPIO PRO CONSUMATORE, CLÁUSULA ABUSIVA Y PROHIBICIÓN GENERAL DE ABUSO.

El principio pro consumatore establece una protección para el consumidor. De forma sintética, establece que las normas en derecho del consumo siempre se interpretaran a favor del consumidor.

Para el Dr. Juan Felipe Criado Castilla dicho principio es una consecuencia de la introducción del derecho del consumo en el campo de los contratos y las obligaciones⁶. Legalmente, este principio aparece consagrado en el artículo 4 y 34 de la ley 1480 de 2011, los cuales consagran:

‘ARTÍCULO 4o. CARÁCTER DE LAS NORMAS. (...) Las normas de esta ley deberán interpretarse en la forma más favorable al consumidor. En caso de duda se resolverá en favor del consumidor. (...).’

“ARTÍCULO 34. INTERPRETACIÓN FAVORABLE. 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. ”

Estas dos disposiciones concretizan el principio pro consumatore, por el cual dentro de la normativa deben adoptarse una serie de mecanismos contractuales que deben tender a la protección del consumidor.

A fin de entender este principio, debe partirse de la base de que el derecho contractual de consumo es un derecho especial frente al derecho contractual común que existe en los contratos, y tal como lo dice el Dr. Criado Castilla

⁶ Criado Castilla, Juan Felipe. CLAUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2014.

esto se debe “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.”⁷

Debe tomarse en cuenta que en el derecho contractual común la esencia del contrato es el principio de autonomía de la voluntad y la igualdad de condiciones que tienen las partes al momento de contratar. Sin embargo, y en contraste a esta posición, tenemos que en los contratos de consumo existe una situación más desfavorable al consumidor frente a los empresarios o profesionales y que deben crearse disposiciones tendientes a fin de establecer un equilibrio relativo entre las partes del contrato.

En la Ley 1480 de 2011, Estatuto del Consumidor, artículo 42, están definidas como: “...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”⁸

El Dr. Giraldo Duque bajo esta definición, señala que el concepto de cláusula abusiva está necesariamente atado a los contratos de adhesión, ya que, como se ha definido con anterioridad el consumidor (adherente) solo tiene la posibilidad de aceptar o rechazar el contrato, momento en el que pueden generarse abusos en el clausulado del contrato.

⁷ Criado Castilla, Juan Felipe. CLAUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2014.

⁸ Ley 1480 de 2011, Estatuto del Consumidor, artículo 42

A su vez, el Estatuto del Consumidor va un poco más allá y clasifica las cláusulas abusivas que son ineficaces de pleno derecho si son utilizadas, las cuales son:

- 1. Limiten la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley les corresponden;*
- 2. Impliquen renuncia de los derechos del consumidor que por ley les corresponden;*
- 3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;*
- 4. Trasladen al consumidor o un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad del productor o proveedor;*
- 5. Establezcan que el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado;*
- 6. Vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumpla sus obligaciones;*
- 7. Concedan al productor o proveedor la facultad de determinar unilateralmente si el objeto y la ejecución del contrato se ajusta a lo estipulado en el mismo;*
- 8. Impidan al consumidor resolver el contrato en caso que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor, salvo en el caso del arrendamiento financiero;*
- 9. Presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo;*
- 10. Incluyan el pago de intereses no autorizados legalmente, sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal.*
- 11. Para la terminación del contrato impongan al consumidor mayores requisitos a los solicitados al momento de la celebración del mismo, o que impongan mayores cargas a las legalmente establecidas cuando estas existan;*
- 12. Obliguen al consumidor a acudir a la justicia arbitral.*

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

14. *Cláusulas de renovación automática que impidan al consumidor dar por terminado el contrato en cualquier momento o que imponga sanciones por la terminación anticipada, a excepción de lo contemplado en el artículo 41 de la presente ley.*⁹

Giraldo Duque señala que hasta el Estatuto del Consumidor, el concepto de cláusulas abusivas era creación doctrinal y jurisprudencial pues, aun con un estatuto anterior al del Consumidor, el Decreto 3466 de 1982, no existía una norma que protegiese contractualmente a los consumidores, dejando esta controversia al Código Civil y al Código de comercio, apoyados fundamentalmente en los desarrollos fundamentales de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.¹⁰

Doctrinalmente, han existido una variedad de conceptos de cláusulas abusivas.

Manifiesta el Dr. Rubén S. Stiglits que son cláusulas abusivas esas que *“...favorece excesiva o desproporcionalmente la posición contractual del predisponente y perjudica inequitativa y dañosamente la del adherente”, entre las cuales se encuentra “la limitación indebida de los medios de prueba*

⁹ Ley 1480 de 2011, Artículo 43

¹⁰ Giraldo Duque, Héctor Jaime. ESTADO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA RESPECTO A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE SEGURO. Pontificia Universidad Javeriana. Medellín. 2012.

*o los pactos que modifiquen la distribución de la carga de la prueba conforme al derecho aplicable...”*¹¹

Por una parte Adela Sierra señala que las características principales de este contrato 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...”¹²

Estos, junto con otros conceptos nutrieron la definición de cláusulas abusivas hasta que existió en nuestra legislación un concepto limitado y elevado a ley de la Republica.

Por otra parte, la prohibición general de abuso encuentra su fundamento en el artículo 42 del Estatuto del Consumidor:

Concepto y prohibición. 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

¹¹ Stiglitz, Rubén. Cláusulas abusivas en el contrato de seguro. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Pág. 69, y en El contrato de seguro como contrato por adhesión. Cláusulas abusivas. Control, en Memorias del Primer Foro de Derecho de Seguros. Ed. Max Limonad, Sao Paulo, 2000. págs. 99 a 124; y Luis Diez-Picazo y Ponce De León. Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. Civitas. 1996. Pág. 43. Cfme: JérômeKullmann. Clausesabusives et contratd'assurance, en Revué Générale du Droit des Assurances. París. 1996. Pág. 27 y Claudio Russo. L'incidenzadella disciplina delle c.d.'clausoleabusiva' sui contrattiassicurativistipulati con i consumatori. Assicurazioni. 1998. Jul-Dic. Págs. 261 y 262

Cfme:

¹² Adela Serra Rodríguez. Cláusulas abusivas en la contratación. Aranzadi. 1996. Págs. 35 y ss., Atilio Aníbal Alterini. Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. Civitas. 1996. Pág. 89 y VincenzoRoppo. La Nuova Disciplina Delle Clausole Abusive Ne iContratti Fralmprese e Consumatori, en ClausoleAbusiveNei e Assicurazione, Giuffré, Milán, 1994.

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 los consumidores, En caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho.

La prohibición general de abuso proscribire 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.

Nos dice el profesor Criado: *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.*¹³

Teniendo en cuenta los anteriores conceptos básicos, podremos abordar la pregunta problema de esta investigación.

6.2. CAPÍTULO 2: LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA LEY 1480 DE 2011.

Ni en la ley ni en la jurisprudencia existe una definición clara y concreta que permita explicar cada una de las cláusulas consagradas en el artículo 43 de

¹³ Criado Castilla, Juan Felipe. CLAUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2014.

la ley 1480 de 2011, por lo cual ha sido una creación doctrinal que ha tendido más a una clasificación según las características de cada una de las cláusulas. Algunas definiciones son las siguientes:

1. Limiten la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley les corresponden.

Esta cláusula pertenece al grupo de aquellas que contienen una exclusión o limitación de la responsabilidad del empresario o profesional en cuanto tiene que ver con el desarrollo del contrato. La prohibición de esta cláusula es con respecto a la responsabilidad del empresario en cuanto a su incumplimiento y por tanto el derecho que tiene la otra parte a la indemnización respectiva.¹⁴

2. Impliquen renuncia de los derechos del consumidor que por ley les corresponden.

Esta cláusula tiene que ver con la renuncia o limitación de un derecho. El Dr. Criado Castilla citando a Díez-Picazo señala que la prohibición de esta cláusula es genérica y se refiere a cualquier estipulación que implique un cese convencional de los derechos que el consumidor posee. De esto podría pensarse que la cláusula no es abusiva si de esta renuncia se saca provecho significativo alguno.¹⁵

3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;

¹⁴ Criado Castilla, Pagina 59.

¹⁵ Díez-Picazo, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial, págs. 473 y 474. Citado por Criado - Castilla.

Esta prohibición fue diseñada a fin de evitar que las partes pudiesen alterar de manera arbitraria y deliberada las normas legales que tiene que ver con la garantía de la igualdad procesal entre ellos ya que, estas disposiciones pactadas, introducidas por el empresario en su condición de parte dominante dentro del contrato puede producir un desequilibrio injustificado ocasionando perjuicios al consumidor.¹⁶

4. Trasladen al consumidor o un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad del productor o proveedor

Al igual que la cláusula abusiva establecida en el inciso 1 del artículo 43 de la ley 1480 de 2011, esta cláusula implica exclusión o limitación de la responsabilidad del profesional y también tiene que ver con el traslado de la responsabilidad frente a los perjuicios o daños generados de la celebración del contrato a una persona diferente al empresario o profesional. En esta ocasión se traslada la responsabilidad a un tercero que no es parte del contrato o al mismo consumidor.

La regla contenida en esta cláusula, al igual que la del Inc. 1 del artículo 43, se refiere a aquellos daños que son causados por una acción u omisión del empresario en cuanto a los daños imputables a él o por aquellos que tenga que responder.¹⁷

5. Establezcan que el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado.

¹⁶ Criado Castilla citando a Díez-Picazo, Luis Fundamentos de derecho civil patrimonial.

¹⁷ Citado por Criado Castilla. Díez-Picazo, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial, págs. 473 y 474

Esta cláusula implica la privación o limitación de las facultades de compensación, retención y consignación.

El régimen de compensación se encuentra establecido en el código civil y tiene carácter dispositivo. En tal sentido, es admisible la compensación convencional como tal. Empero, se ha establecido en aras de garantizar los derechos que al consumidor le asisten, señalar como abusivas aquellas cláusulas que impidan la compensación. Esta prohibición se extiende a aquellas cláusulas que impiden la facultad de retención o la limiten, así como las que limiten la consignación como una forma de liberarse de las obligaciones contraídas.¹⁸

6. Vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumpla sus obligaciones.

Esta podría agruparse dentro de las cláusulas que tienen que ver con condiciones dependientes de la voluntad del contrato.

Esta prohibición se relaciona con condiciones de carácter potestativo pertenecientes netamente al empresario o profesional. El cumplimiento de las obligaciones no puede supeditarse a la voluntad del empresario cuando ya se le ha exigido al consumidor un compromiso previo.

Criado – Castilla citando a Díez – Picazo señala “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

¹⁸ Citado por Criado Castilla Díez-Picazo, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial, pág. 474.65

voluntad del profesional, porque ello, de nuevo, entraña arbitrariedad y significa que la obligación se cumplirá si el obligado lo quiere. ”¹⁹

7. Concedan al productor o proveedor la facultad de determinar unilateralmente si el objeto y la ejecución del contrato se ajusta a lo estipulado en el mismo.

Esta cláusula limita o excluye la facultad del consumidor de resolver el contrato por incumplimiento del profesional. Se considera abusiva pues limita la facultad resolutoria del consumidor, legítimamente contenida en el Art. 1546 del Código Civil Colombiano en caso de un eventual incumplimiento.

8. 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.

Esta cláusula implica que se pacte la exclusión de la excepción de incumplimiento contractual. En este sentido, la prohibición consiste en que se exija al consumidor el cumplimiento de las obligaciones pactadas, sin que el profesional haya cumplido su parte del contrato en cuanto a las obligaciones contraídas. Esta circunstancia produce un desequilibrio injustificado en las partes del contrato pues en últimas queda nuevamente en sus manos el desarrollo del mismo.²⁰

¹⁹ Criado – Castilla citando a Díez-Picazo, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial, págs. 469 y 470.

²⁰ Criado – Castilla citando a Díez-Picazo, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial Págs., 475 y 476.

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

Esta cláusula implica una declaración de recepción o conformidad sobre algunos hechos ficticios y declaraciones de adhesión a cláusulas, según Criado Castilla.

En tal sentido, debe considerarse como abusiva ya que implica que esta cláusula posee un valor declarativo, que pretende desplazar de cierta forma la responsabilidad de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

Frente a esta cláusula el Dr. Criado Castilla recoge el concepto del Dr. Díez - Picazo de la siguiente manera:

“ 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. ”²¹

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

Esta cláusula no tiene mucha definición doctrinal, sin embargo, esta prohibición es imperativa de carácter general.

Para el Dr. Posada Torres estas cláusulas terminan siendo abusivas por el incumplimiento en que incurre el predisponente con respecto a la claridad de redacción de la cláusula. Si bien existen unos intereses legales y unos topes establecidos en la ley, las clausulas donde se pacte algo diferente a lo consagrado en la ley deben ser claras a fin de que el adherente o consumidor pueda decidir si contrata o no dependiendo de las condiciones generales del contrato.

Señala el Dr. Posada Torres: *la abusividad de las cláusulas que imponen el pago de intereses no autorizados por la ley tanto en los contratos de adhesión con consumidores como entre empresarios, estaría determinada más bien por los aspectos que se cobran al consumidor o adherente*²²

11. Para la terminación del contrato impongan al consumidor mayores requisitos a los solicitados al momento de la celebración del mismo, o

²¹ Díez-Picazo, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial, pág. 478

²² C. Posada Torres, “Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano”, Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, n.º 29, julio-diciembre de 2015, pp. 141-182. DOI : <http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n29.07>

que impongan mayores cargas a las legalmente establecidas cuando estas existan.

Esta cláusula impone al consumidor los gastos de documentación que obligatoriamente corresponden al profesional. La nulidad de esta cláusula no se debe específicamente a lo abusiva que resulta ser, sino a la contrariedad de una ley imperativa pues la ley establece que estos gastos no pueden trasladarse al consumidor cuando exclusivamente deben satisfacerse por parte del profesional.²³

12. Obliguen al consumidor a acudir a la justicia arbitral.

Esta cláusula se considera abusiva pues somete necesariamente al consumidor a arbitrajes distintos al de consumo, excepto cuando se trate de órganos que han sido creados por la ley, de carácter institucional para un sector o circunstancia en específico.

Acudir a un arbitraje podría traer costos y podría ser dificultoso para el consumidor por lo que estipular una cláusula valiéndose de esta circunstancia genera un desequilibrio injustificado entre las partes en perjuicio del adherente.

Cabe aclarar que excepcionalmente se pueden estipular los arbitrajes de consumo que han sido establecidos en la ley como un mecanismo de defensa para los consumidores.²⁴

²³ Criado – Castilla citando a Díez-Picazo, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial, pág. 479

²⁴ Criado Castilla, Juan Felipe. CLAUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2014.

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

Al introducir esta restricción o limitación por medio de esta cláusula pueden configurarse en los contratos donde se plantea, una garantía desproporcionada en perjuicio del consumidor y en beneficio del profesional. Debe entenderse garantía en el presente caso de una manera muy amplia pues puede comprender una medida excesiva de aseguramiento de las obligaciones y como consecuencia de esto cualquier disposición que haga más fuerte el derecho del profesional.²⁵

Esta restricción también podría considerarse como una limitación al derecho que le asiste al consumidor de reclamar una garantía pactada cuando así sea necesario o cuando se active la circunstancia para lo cual fue pactada.

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

Este tipo de cláusulas son aquellas que limitan al consumidor para dar por terminado el contrato de consumo o que de alguna forma le impetren sanciones por terminación anticipada del mismo, salvo lo contemplado en el artículo 41 de la Ley 1480 que esgrime:

²⁵ Criado Castilla Citando a Díez-Picazo, Luis, Fundamentos de derecho civil patrimonial, pág. 477.

La cláusula de permanencia mínima en los contratos de tracto sucesivo solo podrá ser pactada de forma expresa cuando el consumidor obtenga una ventaja sustancial frente a las condiciones ordinarias del contrato, tales como cuando se ofrezcan planes que subsidien algún costo o gasto que deba ser asumido por el consumidor, dividan el pago de bienes en cuotas o cuando se incluyan tarifas especiales que impliquen un descuento sustancial, y se pactarán por una sola vez, al inicio del contrato. El período de permanencia mínima no podrá ser superior a un año, a excepción de lo previsto en los parágrafos 1° y 2°.

El proveedor que ofrezca a los potenciales consumidores una modalidad de contrato con cláusula de permanencia mínima, debe también ofrecer una alternativa sin condiciones de permanencia mínima, para que el consumidor pueda comparar las condiciones y tarifas de cada una de ellas y decidir libremente.

En caso de que el consumidor dé por terminado el contrato estando dentro del término de Vigencia de la cláusula de permanencia mínima solo está obligado a pagar el valor proporcional del subsidio otorgado por los periodos de facturación que le hagan falta para su vencimiento.

En caso de prorrogarse automáticamente el contrato una vez vencido el término de la cláusula mínima de permanencia, el consumidor tendrá derecho a terminar el contrato en cualquier momento durante la vigencia de la prórroga sin que haya lugar al pago de sumas relacionadas con la terminación anticipada del contrato, salvo que durante dicho periodo se haya pactado una nueva cláusula de permanencia mínima en aplicación de lo previsto en el parágrafo 1° del presente artículo.

6.3. CAPÍTULO 3: DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LAS CLAUSULAS ABUSIVAS EN COLOMBIA

El concepto de cláusulas abusivas antes de su aparición definitiva en el ordenamiento jurídico tuvo unos antecedentes jurídicos producto de distintos pronunciamientos jurisprudenciales, doctrinales y legales que nutrieron tanto los conceptos de abusividad, así como la determinación y definición de los que es una cláusula abusiva como tal.

Debe recordarse que hasta 2011 en Colombia no existía una norma concreta que permitiese una definición clara de los criterios de abusividad. De hecho, es la expedición de las cláusulas abusivas de manera taxativa el pilar fundamental que crea estos criterios. Anteriores a la ley 1480 de 2011 solamente existían normas sectoriales y bajo los criterios en común de dichas normas, se buscaba un concepto único de aquello que se quería controlar por medio del concepto de cláusula abusiva como tal.²⁶

Por lo anterior, era necesario que se recurriera a la Jurisprudencia a fin de determinar que significaba en si la posición de abuso contractual, la buena fe, el equilibrio contractual.

Uno de los primeros fallos sobre la materia incluía o iniciaba un desarrollo del test de abusividad tendiente a la protección como tal del consumidor. Tal es el caso de la sentencia de Casación Civil del 19 de octubre de 1994, expediente 3972 de la Corte Suprema de Justicia – Sala civil. En esta, la casación señala unos argumentos específicos que permiten decretar la abusividad, los cuales serían un pilar en pronunciamientos siguientes, tal como es el caso de la sentencia del 29 de enero de 1998, tratándose al tema

²⁶ Gual Acosta, J. M. (2016). Las cláusulas abusivas - Evolución hacia una noción Revista Verba Iuris, 11(36), pp. 113-134. Pag. 122

de seguros, y sentencia del 27 de marzo de 1998, expediente 4798 al respecto de préstamos bancarios; igualmente tratándose de prescripción podemos encontrar la sentencia del día 4 de marzo de 1988 así como en Laudos Arbitrales de la Cámara de Comercio de Bogotá, tales como el de Aura Cristina Geithner contra Sonolux del 13 de junio de 2001²⁷

Específicamente en la sentencia de la Sala Civil del 19 de octubre de 1994, Exp. 3972 la Corte al estudiar un caso entre una entidad financiera y una constructora, consideró que la cláusula abusiva debía mirarse con base en lo que resultaba ser un abuso del derecho, que era algo que podría considerarse como una violación a la buena fe negocial. En tal sentido, este abuso debía evitarse pues desequilibraba a las partes en el contrato, colocando a una de estas en una posición superior frente a la otra. A pesar de este concepto novedoso, el alcance de esta sentencia da al concepto de equilibrio un tinte meramente económico, el cual resulta incompleto debido a que el concepto de cláusula abusiva no solamente produce un desequilibrio económico sino uno normativo como tal. ²⁸

Después de este pronunciamiento existieron otros que aportaron poco a poco a un concepto más amplio de cláusula abusiva, sin embargo, fue la sentencia del 2 de febrero de 2001, Exp. 5670, la que plantea unos requisitos específicos a fin de que pudiese considerarse una clausula como abusiva.

El Dr. Juan Manuel Gual Acosta en su artículo *“Las cláusulas abusivas - Evolución hacia una noción”* señala que:

“ (...) resulta interesante como la Corte define en esa sentencia las cláusulas abusivas como aquellas que reúnen estos requisitos:

²⁷ Gual Acosta, J. M. (2016). Las cláusulas abusivas - Evolución hacia una noción Revista Verba Iuris, 11(36), pp. 113-134. Pag. 121

²⁸ Ibid p. 123.

1. Cláusulas que generan un desequilibrio normativo importante
2. Violan la buena fe en sentido objetivo: Los dos criterios resultan ser bastantes acordes al derecho comparado de los sistemas creadores de derecho y el de los códigos tipo pues se ha establecido en general en ellos que son ellos los factores determinantes de la abusividad esto es tanto el desequilibrio normativo esto es de las obligaciones mutuas de las partes sería contrario incluso contra el principio de la buena fe como segundo factor determinante, que en últimas es lo que impulsa el desarrollo de las últimas tendencias que consideran que lo que hace a una cláusula que sea abusiva, es precisamente de una parte el unilateralismo contractual de los derechos dándolos a una sola parte y de la otra parte la negación de derechos a la contraparte; lo cual ha mostrado incluso como hasta el legislador francés ha abandonado los criterios de ventaja excesiva o de abuso de poder dominante (Raymond, 2015).
3. Carecen de negociación individual. Sobre el tercer criterio si bien ha sido acertado en cuanto se ha seguido por tradición toda vez que las normas de protección del texto armonizados incluso la directiva UE 13/93 han sido partidarias de un control de abusividad solo para las cláusulas que aparezcan en contratos de adhesión de la manera como al momento actual lo hace la Ley 1480 de 2011 o Estatuto del Consumidor (arts. 5 y 42) que entro en vigor desde el 12 de abril de 2012. Las nuevas tendencias marcadas por la directiva UE 83/2011 muestran como ese control de abusividad se

podría hacer sobre cláusulas pactadas de manera negociada o no es decir será indiferente al momento de hacer el test que ellas sean o no parte de un contrato celebrado por adhesión. Sin embargo, en esta sentencia del año 2001 también se expresa que las cláusulas abusivas pueden estar en contratos negociados o no, aunque se usan más en contratos escritos celebrados por adhesión o sin una negociación que le permita al cliente oponerse a la posición del predisponente ni variar su posición contractual pues ante el urbanismo y la celeridad negociar la opción de la parte débil o cliente será manifestar si contrata o no. Por demás es claro que donde se puede hablar con facilidad de la existencia de la cláusula es que este dentro de contratos por escrito. También es acertado, aunque si es de manera complementaria como la Corte sostiene en la sentencia de 2001 que las cláusulas abusivas son contrarias a la Constitución nacional por violar la buena fe (arts. 95 inc. 2) ser fuente de abuso, (art. 333 inc. 4) y contra el derecho de los consumidores (art. 78). En otro caso la Casación Civil en un fallo del 31 de octubre de 2002, (Ref.: Expediente No. 6459) sobre un contrato arrendamiento con autorización de demolición y compensaciones de cánones, determina con acierto la no abusividad de una cláusula, que se creyó por el recurrente abusivo por temas de mala fe cuando en realidad como sostiene la Corte se trataba de un error de interpretación. Es de anotar que lo curioso es que se trata de un contrato entre dos sujetos donde uno es más fuerte que el otro, pero donde se observa, que no es propiamente un contrato al que pareciera aplicarse un régimen de cláusulas abusivas pues parece más un contrato del tipo C2C que B2C, sin embargo desde que la Corte lo aplica parecería bajo un criterio de reequilibrio contractual contra un débil y seguro tal vez

de un contrato donde la parte fuerte sería un comerciante de la actividad arrendadora.

4. Finalmente plantea el fallo que las cláusulas de las listas negras son abusivas. Este último criterio es precisamente el criterio que permite detectar una cláusula abusiva. Se trata de un criterio que si bien no aparece en todos los sistemas con un régimen de cláusulas abusivas si permite aplicar con precisión el test de abusividad pues dependiendo del tipo de listado ese puede ser mejor en el sentido que las cláusulas que aparezcan en ese listado son ineficaces porque así se presumen y no admiten prueba en contrario. Mientras que si es un listado gris las cláusulas que allí aparecen se presumen abusivas, pero admiten prueba en contrario de parte de la parte fuerte o que las redacto, es decir una prueba que desvirtúe la abusividad como sería en el caso de que se pruebe que ellas están equilibradas porque V. Gr a cambio se ha otorgado un beneficio desde el punto de vista económico. ”²⁹

Posterior a la sentencia de 2001 le precedieron otras que confirmaron esta posición de la Corte y que también demostraron que el concepto de cláusulas abusivas para la corporación es bastante amplio, con el cual impide que este tipo de cláusulas sean maquilladas bajo otro tipo de cláusulas, en las cuales también debían verificarse su efectividad y su aplicación, como es el caso de la sentencia del 24 de mayo de 2005.

Inmediatamente antes de la expedición de la ley 1480 de 2011 la Corte Suprema de Justicia en sentencia del día 30 de agosto de 2011 consideró que era abusiva toda aquella que sea contraria a la buena fe, las normas

²⁹ Ibid p. 123.

imperativas y los derechos indisponibles bajo la concepción de no estar autorizada en virtud de la aplicación del Art. 95 de La Constitución. Finalmente, la sentencia del 8 de septiembre de 2011 como antecedente más cercano al Estatuto del Consumidor señaló lo que serían en definitiva los pilares de las cláusulas abusivas: la buena fe y el equilibrio normativo, basados en la definición de abusividad.³⁰

Una vez expedida la ley 1480 de 2011 la Corte Insiste en el control de abusividad de las Cláusulas abusivas, basado siempre en la buena fe y que en tal sentido esto podría verificarse con mayor facilidad en los contratos de adhesión, lo cual demuestra que para la Corte es fundamento de abusividad es la falta a la buena fe. Igualmente en este fallo reseña la categorización de las Cláusulas abusivas al señalar un criterio de listas, haciendo mención especial a la utilización de listas negras, es decir, lo realizado en el artículo 43 de la ley 1480 de 2011. ³¹

Por otro lado, el Dr. Héctor Jaime Duque a su vez realiza una labor de análisis de la jurisprudencia con respecto a las cláusulas abusivas.

Es importante destacar, que el estado actual de la jurisprudencia con respecto a este tema es bastante reducido, sin embargo, existen múltiples pronunciamientos que enriquecen los conceptos actuales de cláusula abusiva, prohibición general de abuso y sobretodo el de autonomía de las partes. ³²

Podría decirse que la Corte se ha enfocado en pronunciarse con respecto a la validez de las cláusulas de los contratos, bajo el fundamento de que estas

³⁰ Ibid p. 125.

³¹ Ibid p. 129.

³² Giraldo Duque, Héctor. ESTADO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA RESPECTO A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE SEGURO. Pontificia Universidad Javeriana. Medellín 2012.

son ley para las partes. Esto también es aplicable a los contratos de adhesión cuando sus cláusulas son claras y expresas; en este caso reitera la Corte que la interpretación del contrato debe hacerse al tenor de sus cláusulas de manera restrictiva, contrario sensu si se tratara de cláusulas confusas las cuales, recuerda la Corte que según el Código Civil, estas tienen que ser interpretadas en favor de la parte que no las realizó.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que esta regla general no se cumple siempre al pie de la letra. Podría suceder que una cláusula siendo clara pueda denotarse como abusiva. En este sentido, señala el Dr. Duque que estas cláusulas sean declararse como ineficaces de pleno derecho desde que se celebren.

De lo recogido por el Dr. Duque pueden destacarse varios puntos, señalando principalmente el papel de la autonomía de las partes en los contratos de cláusulas abusivas debido a que en la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia este órgano se ocupa y se preocupa por aquello que es considerado ley para las partes.

6.4. CAPÍTULO 4: LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL DERECHO COMPARADO: ESPAÑA Y LA LEY GENERAL DE DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

En el país europeo encontramos la ley TRLGDCU o Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios de España contempla que en su artículo 82 contempla la cláusula general de abusividad y considera como cláusulas abusivas 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 (núm. 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 (núm. 2).

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 (núm. 3).

En los artículos siguientes de la citada ley contempla un listado de lo que se consideran cláusulas abusivas: 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).

En España primeramente se establece la nulidad de pleno derecho para las cláusulas abusivas³³, la cual es una consecuencia natural a una disposición creada por el legislador. La declaratoria entonces de estas cláusulas abusivas como nulas de pleno derecho es una nulidad del tipo textual pues se encuentra en el ordenamiento jurídico de manera expresa. En tal sentido, debe tenerse en cuenta que a pesar de que la cláusula abusiva es nula, no es posible que se entienda nulo todo el contrato jurídico, sino parcialmente con respecto al clausulado nulo de pleno derecho. Sin embargo, explica

³³Artículo 83.1 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias). España.

Aldabaldejo, el cual fue citado por el Dr. Jaume Joan Bea Ballester, la nulidad necesariamente comporta que «el negocio jurídico carece inicial y perpetuamente de todo efecto negocial [esto] tiene lugar *ipso iure* y sin necesidad de ejercicio de acción alguna ni de ninguna declaración o fallo en el que se haga constar. Puede ocurrir que *de hecho* se establezca, o se pretenda establecer un estado de cosas a tenor del negocio nulo pudiéndose dar la necesidad de obtener una declaración de nulidad que corte la perturbación o que sirva de presupuesto para hacer cesar el estado de hecho contrario a la realidad jurídica. Es preciso ejercitar la correspondiente acción o excepción encaminada a destruir una apariencia de validez»³⁴ Frente a este punto existen varios puntos de vista con respecto a la interpretación realizado por el TJUE, que resultan aplicables analizando los casos en concreto.

Por otra parte, el ordenamiento español establece distintos procedimientos para la declaración de una cláusula abusiva como tal.

El Dr. Bea Ballester explica que por un lado se encuentra la acción de nulidad, la cual surge del deber del legislador de «velar porque existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores» según el artículo 7 de la Directiva 93/13 en tal sentido, son actores los que se encuentran con un interés verdaderamente legítimo. Esta acción de nulidad puede ser promovida por los consumidores o por la acciones de consumidores³⁵ La acción de nulidad que se promueve tiene como objeto confrontar y concretar la realidad jurídica que se depreca de todas las

³⁴ ALBALADEJO, Manuel; “Derecho Civil I: Introducción y parte general” (10ª ed.) ob. cit., pp. 779 y 780.

³⁵ Bea Ballester, Jaume Joan. “Las Cláusulas Abusivas en los contratos de préstamo hipotecario. Universitat de Barcelona. 2013.

cláusulas abusivas (las cuales son nulas de pleno derecho) a la realidad de hecho como tal. Este fallo que declare la nulidad será declarativo y podrá revestir 2 efectos, el *ex tunc*, el cual tendrá efectos en el campo jurídico hacia el futuro y el *ex nunc* la cual producirá un cambio jurídico, “retrotrayéndose sus efectos al momento de presentación de la demanda o al del hecho constitutivo (sentencias estimatorias de acciones constitutivas)”³⁶

Por otro lado, el ordenamiento español también establece una revisión de oficio por parte de los jueces, la cual contempla que el juez debe realizar un examen de “abusividad” frente a la cláusula como tal a fin de que no afecte al consumidor. Sin embargo, la doctrina desestima este examen de oficio debido a su poco uso y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ha declarado que la imposibilidad de alegar por el consumidor la existencia de una cláusula abusiva es contraria al derecho comunitario”³⁷

Otros mecanismos establecidos por el Legislador español son la revisión por parte de los registradores y notarios de estas cláusulas abusivas, y el Registro de las Concisiones Generales de la Contratación.

³⁶ Bea Ballester, Jaume Joan. “Las Cláusulas Abusivas en los contratos de préstamo hipotecario. Universitat de Barcelona. 2013. Página 25.

³⁷ Citado por Bea Ballester, Jaume Joan. La STJUE 14 de julio de 2012, caso Calderón en el proceso monitorio y la STJUE 14 de marzo de 2013, caso Aziz en el proceso de ejecución hipotecaria.

6.5. CAPÍTULO 5: APLICACIÓN DEL JUICIO DE ABUSIVIDAD POR PARTE DEL JUEZ E INEFICACIA DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.

Es importante el estudio del juicio de abusividad puesto que la declaratoria de la misma por parte del juez de derecho privado conlleva a la ineficacia de pleno derecho de la misma respecto a las cláusulas que se someten a control judicial.

Define el investigador Criado el juicio de abusividad como 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 aún 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.³⁸

En el juicio de abusividad define el juez, desde los parámetros normativos de la Ley 1480 de 2011 (partiendo de la prohibición general de abuso y el listado enunciativo de lo que considera el legislador como cláusulas abusivas) la suficiencia de las razones que puedan justificar un desequilibrio producido en el contenido normativo del contrato en perjuicio del consumidor. Este ejercicio lo realiza el juez, recalca Criado, con la ayuda de algún criterio metodológico como el de proporcionalidad, racionalidad o razonabilidad.

Es estrictamente necesario la aplicación del juicio de abusividad ya que este es la forma en la que se pueda lograr un equilibrio negocial en el contrato de consumo en un contexto donde coexiste la desinformación al consumidor, una necesidad por parte de los mismos, y la prestación/producción de

³⁸ Criado Castilla, Juan Felipe. CLAUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2014. p. 113.

bienes/servicios por parte del empresario, por ende la parte más débil en un contrato de consumo es quien tiene la opción de aceptar o rechazar la oferta y no intervenir en el diseño del contrato, de acuerdo a los intereses del oferente.

Por las anteriores situaciones en los ordenamientos jurídicos se hizo necesario crear un régimen especial de protección a los consumidores, puesto que la adhesión que realiza el consumidor es, en palabras del investigador Criado: *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*³⁹ y por lo tanto no hay libertad por parte del consumidor puesto que no existen en el mercado opciones alternativas sobre el contenido de tales condiciones.

El primer paso que realiza el juez en la aplicación del juicio de abusividad es determinar, de acuerdo a la prohibición general de abuso, si la cláusula bajo la lupa del juzgador constituye un desequilibrio injustificado en los derechos y obligaciones derivados del contrato, en contra del consumidor.

En ese sentido nos enseña el investigador Criado: *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*

³⁹ *Ibíd.* p. 116.

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.⁴⁰

De lo anterior colegimos que no todas las cláusulas que lleven consigo limitaciones al consumidor pueden ser consideradas *abusivas* sino que deben contener 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.*⁴¹

Este ejercicio de determinación del desequilibrio injustificado se comprende de los siguientes elementos, en palabras del doctor Francisco Pertínez:

- 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

⁴⁰ Ibid. p 119

⁴¹ Ibid. p

contrato, incluso realizado por el mismo predisponente, sobre un bien o servicio de naturaleza distinta.⁴²

- 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

⁴² Pertínez Vílchez, Francisco, Contratos de adhesión y contratos electrónicos, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto (director), Contratos mercantiles, Valencia, 2008, tomo III p 1635.

se justifica porque las mismas no son tomadas en cuenta por el consumidor a la hora de contratar.

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.⁴³

- 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.

⁴³ Ibid p 1637.

Tales circunstancias deben valorarse conjuntamente, sin que unas excluyan a las otras.⁴⁴

Teniendo en cuenta lo anterior, partimos de la idea que la prohibición general de abuso en el estatuto del consumidor 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.⁴⁵

El profesor Criado trae a colación las siguientes apreciaciones sobre la prohibición general de abuso de cara al juicio de abusividad:

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

⁴⁴ Ibid p 1637.

⁴⁵ Criado Castilla, Juan Felipe. CLAUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2014 p 122

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.⁴⁶

Cuando ya el juez tenga precisado el anterior marco, empieza la construcción del juicio de abusividad, que consta de tres etapas: **declarativa, discursiva y reparativa.**

La etapa declarativa busca asentar un desequilibrio en el contrato, lo cual se traduce en la imposición de una cláusula o condición, trayendo consigo perjuicios injustificados al consumidor.

La etapa discursiva tiene por finalidad, mediante un ejercicio ponderativo, la suficiencia de las razones que puedan justificar dicho desequilibrio, pues, *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.*⁴⁷ Esta etapa haya su razón de ser en el artículo 42 de la Ley 1480 de 2011 ya que la misma no desestima cualquier desequilibrio en el contrato de consumo, sino la arbitrariedad en el desequilibrio, indigente de razones que aduzcan el desequilibrio.

⁴⁶Ibid p 123.

⁴⁷ Ibid p 124.

Nos dice el profesor Criado que *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.*⁴⁸

Es importante resaltar en este acápite que de la prohibición general de abuso se desprende también la sanción a las cláusulas que resulten abusivas en el proceso de las dos etapas, se ordena la expulsión de la misma o nulidad parcial, y la reparación de los daños que dicho desequilibrio le haya ocasionado al consumidor. Esto último debe ser objeto de otra investigación ya que, se evidencia la falta de criterios para que el juez determine el quantum de los daños provocados por el desequilibrio injustificado de la cláusula. Por esta razón, la etapa reparativa no se abordará en este trabajo.

Además de definir la suficiencia de las razones que justifiquen el desequilibrio en el contrato, la etapa discursiva también busca *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*

⁴⁸ Ibid p 125.

*unilateral de una cláusula o condición.*⁴⁹ Lo que resulta de este ejercicio una norma de decisión que enmarca lo que al oferente/empresario le está permitido o prohibido, basado en la prohibición general de abuso de la Ley 1480 de 2011, así como también el conservar o excluir la cláusula del contenido normativo del contrato.

El anterior ejercicio de análisis metodológico que realiza el juez nos lleva a una conclusión, la cual ratifica parte de nuestra hipótesis planteada en el proyecto de la presente investigación: las normas en materia de cláusulas abusivas en nuestro país son indeterminadas desde lo normativo, y debe analizarse en cada caso concreto si el desequilibrio que se alega por parte del consumidor es injustificado.

Ahora bien, luego de haber abordado la construcción etápica del juicio de abusividad, se debe estudiar la valoración circunstanciada de este juicio, pues se deben tener en cuenta, a la luz del artículo 42 del Estatuto del Consumidor, las condiciones particulares del contrato que se estudian posibles cláusulas abusivas. Nos dice el investigador Criado sobre este tema: *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.*⁵⁰

Dicho análisis de condiciones circunstanciales, consideramos, deben girar en torno la naturaleza del bien o servicio objeto del contrato; las otras partes o

⁴⁹ Ibid p 125.

⁵⁰ Ibid p 130.

cláusulas del contrato; y las circunstancias particulares existentes en el momento de su celebración.

El desacuerdo sobre una cláusula impuesta por el oferente que es considerada abusiva por el consumidor crea un choque en la que el juez debe decidir con la ayuda de algún criterio objetivo de valoración (proporcionalidad, racionalidad o razonabilidad), partiendo del peso que tengan cada una de las razones argumentadas por las partes en colisión.

En ese sentido el profesor Criado nos dice: *El criterio metodológico utilizado permite al juez establecer, en una 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 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.*⁵¹

En ese sentido, parafraseando a Bernal Pulido, 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.⁵²

Textualmente nos esgrime el profesor Criado:

*...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.*⁵³

Dicho análisis de condiciones circunstanciales, consideramos, deben girar en torno la naturaleza del bien o servicio objeto del contrato; las otras partes o cláusulas del contrato; y las circunstancias particulares existentes en el momento de su celebración.

⁵¹ Ibid p 132.

⁵² Bernal, Carlos, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1ª edición, 2003 p. 44.

⁵³ Ibid p 130.

El desacuerdo sobre una cláusula impuesta por el oferente que es considerada abusiva por el consumidor crea un choque en la que el juez debe decidir con la ayuda de algún criterio objetivo de valoración (proporcionalidad, racionalidad o razonabilidad), partiendo del peso que tengan cada una de las razones argumentadas por las partes en colisión.

En ese sentido el profesor Criado nos dice: *El criterio metodológico utilizado permite al juez establecer, en una 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 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.⁵⁴

⁵⁴ Ibid p 132.

En ese sentido, parafraseando a Bernal Pulido, 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.⁵⁵

Ahora bien, luego de analizar la aplicación compleja del juicio de abusividad por parte del juez, atendiendo a diversos criterios, el juez procede a aplicar las sanciones legales contempladas en el Estatuto del Consumidor.

Antes, se hace necesario explicar la diferencia entre ineficacia y nulidad: la ineficacia es la sanción legal mediante la cual, al acto jurídico que nació a la vida jurídica, se le despojan sus efectos jurídicos; por el contrario cuando un acto está viciado de nulidad lo que ocurre es que se hace como si el acto jamás hubiera existido.

En Colombia se han regulado de manera dispersa las cláusulas abusivas de manera que no existe una ley, como si ocurre en el derecho comparado, que regule completamente este tipo de estipulaciones. La forma como se han tratado dichas cláusulas en Colombia se ha debido a las elaboraciones de la doctrina y la jurisprudencia nacional.

Con respecto a la nulidades de estas cláusulas la legislación Colombia ha dicho que si bien unas pueden ser consideradas como ilegales por contrariar disposiciones de carácter imperativo, otras resultan ser ineficaces o inválidas por ser abusivas “per se”, esto es, cuando su contenido mismo no es

⁵⁵ Bernal, Carlos, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1ª edición, 2003 p. 44.

aceptable para el ordenamiento jurídico, en razón de los injustificados desequilibrios que conlleva.

Como soporte legal los artículos 1740 y 1523 del Código Civil, así como el artículo 899 del Código de Comercio, disponen que deberá ser declarada la nulidad absoluta por objeto ilícito cuando se contraríe una norma imperativa y en su artículo 16 regula que no podrán derogarse por convenio entre particulares las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres.

Por lo anterior también es cierto que en el derecho contemporáneo se han venido desarrollando elaboraciones doctrinales cuyo propósito es asegurar que el contrato corresponda efectivamente al libre consentimiento de las partes, es por esto que la jurisprudencia ha implementado la utilización de mecanismos tales como la nulidad por ilicitud de la causa, la buena fe y el abuso del derecho, en aras de proteger al contratante débil de quien tiene mayor poder de negociación.

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.

Doctrinalmente ha sido definida como un tipo de control material, el cual consiste en que el contrato celebrado será parcialmente nulo en cuanto a lo referido a las cláusulas abusivas. El Dr. Criado Castilla citando al Dr. Castán Tobeñas, explica que esta nulidad es una modalidad excepcional de ineficacia cuyo objetivo es el de penar aquellas infracciones de normas consagradas como imperativas las cuales se encuentran en las leyes especiales de protección de consumidores y usuarios, sin perjuicio de la voluntad que podrían mantener los contratantes a fin de celebrar el contrato

que ha sido verificado. En tal sentido, debe verificarse a su vez las condiciones generales del contrato, ya que, en caso de existir una situación inequitativa para las partes, el contrato podrá ser considerado íntegramente nulo.

La regla general introducida en la ley 1480 de 2011 es que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas en el contrato que se pretenda celebrar. A pesar de esta circunstancia, puede la parte del contrato que ha salido perjudicada con la nulidad integrarse nuevamente con miras y arreglo al principio de la buena fe.⁵⁶ El juez frente a las cláusulas abusivas es un moderador en cuanto tiene que ver con las obligaciones y los derechos correspondientes a las partes, así mismo como las consecuencias que surjan de la declaración de ineficacia.

Finalmente, y en aras de garantizar los derechos que poseen las partes del contrato, se deberá restituir a cada las prestaciones dadas y el consumidor no deberá reembolsar valor alguno producto de la disminución de la cosa como consecuencia de su normal uso. A su vez este deberá restituir solamente los gastos útiles y necesarios.⁵⁷

7. CONCLUSIONES

Las cláusulas abusivas en los contratos de consumo encuentran su regulación en Colombia en la Ley 1480 de 2011 y en su articulado contempla un listado no taxativo de lo que se considera en nuestro ordenamiento jurídico como cláusula abusiva. En forma de tejido nuestro Estatuto del Consumidor contempla dos axiomas: el principio pro consumatore (el cual

⁵⁶ Criado Castilla, pag. 199

⁵⁷ Tobeñas, José, Derecho civil español (común y foral), págs. 808 y 809, Citado por Criado Castilla Castán

contempla una protección al consumidor y las normas contempladas en el mismo se deben interpretar en favor del consumidor) y la prohibición general de abuso en el artículo 42, el cual señala que se consideran cláusulas abusivas aquellas que generen 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.

De la lectura de las normas, se evidencia una indeterminación interpretativa, el cual nos llevó a indagar cuáles son criterios legales y jurisprudenciales para determinar la ineficacia de una cláusula abusiva en un contrato, en la ley 1480 de 2011. En la investigación se evidenció que desde la misma ley emanan dos conceptos claves: principio pro consumatore y prohibición general de abuso, acompañados estos del listado de cláusulas abusivas del artículo 43, y dichas normas sirven de fundamento para el control judicial que se realiza a las cláusulas de un contrato del cual se endilga un desequilibrio injustificado en contra del consumidor. Si bien establece la misma ley que la sanción a este tipo de cláusulas es la ineficacia de pleno derecho, antes de operar esta declaratoria el juez debe realizar un estudio ayudado de la ponderación y sus criterios de proporcionalidad y razonabilidad para determinar si una cláusula es abusiva o no, todo ello con arreglos 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), dicho estudio se llama juicio de abusividad.

En la aplicación de dicho juicio de abusividad el juez debe establecer la existencia de un desequilibrio injustificado en el contenido normativo del contrato en perjuicio del consumidor, pero teniendo en cuenta que el artículo 42 de la ley no efectúa una prohibición absoluta de cláusulas que generen un

desequilibrio, sino que tal desequilibrio debe ser injustificado, por ello el juez, de acuerdo a su experiencia, sin salirse de los marcos normativos, define previamente cuándo una situación concreta puede ser razonablemente considerada como un desequilibrio y cuándo, además, tal desequilibrio puede ser calificado como injustificado. Además de determinar la existencia del desequilibrio injustificado en el contenido normativo de las cláusulas del contrato, debe determinar la suficiencia de las razones que puedan justificar tal desequilibrio.

Para llegar a la conclusión del análisis debe atravesar tres etapas, según la doctrina: a) la etapa declarativa, en la cual se asienta la existencia de un desequilibrio injustificado en el contrato de consumo; b) la etapa discursiva en la cual el operador jurídico propala si son suficientes o no las razones que justifiquen tal desequilibrio, y c) la etapa de reparación en la cual el juez tasa los daños causados por tal desequilibrio.

Sólo en éste caso podrá declarar ineficaz la cláusula y la reparación de los daños que tal desequilibrio haya causado al consumidor adherente (este tema, reiteramos, debe ser objeto de otra investigación).

En la jurisprudencia vernácula se evidencia que el juez atendido a lo legal, realiza en últimas un juicio de abusividad para declarar la ineficacia de una cláusula abusiva en el contenido normativo del contrato de consumo.

Como experiencia internacional encontramos que en España, también se contempla una prohibición general de abuso, una lista negra de cláusulas que se consideran lesivas de los derechos de los consumidores, y en materia de sanciones legales a las mismas contempla la nulidad de pleno derecho y se tendrán por no puestas.

8. BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo, Manuel; DERECHO CIVIL I: INTRODUCCIÓN Y PARTE GENERAL 10ª ed.

Alterini, Atilio. LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y CLÁUSULAS ABUSIVAS. Civitas. 1996.

Bea Ballester, Jaume Joan. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO. Universitat de Barcelona. 2013.

Bernal, Carlos, EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1ª edición, 2003.

Criado Castilla, Juan Felipe. CLAUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2014.

COLOMBIA. Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-749 del 21 de octubre de 2009, exp. D-7686, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

Concepto No. 14-375 de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. RAD: 14-000375- -00001-0000 Fecha: 2014-02-14 16:03:24 DEP: 10 Oficina Jurídica.

Diez-Picazo L. LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y CLÁUSULAS ABUSIVAS. Civitas. 1996.

Giraldo, A.; Caicedo C.; Madriñán, R., COMENTARIOS AL NUEVO ESTATUTO DEL CONSUMIDOR, Legis, Primera Edición, 2012.

Giraldo Duque, Héctor Jaime. ESTADO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA RESPECTO A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE SEGURO. Pontificia Universidad Javeriana. Medellín. 2012.

Gual Acosta, J. M. (2016). Las cláusulas abusivas - Evolución hacia una noción Revista Verba Iuris, 11.

Larroumet, C. Teoría general del contrato, vol. i, reimpr. 2.ª ed., trad. de Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 1999.

Pertínez Vilchez, Francisco, CONTRATOS DE ADHESIÓN Y CONTRATOS ELECTRÓNICOS, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto (director), Contratos mercantiles, Valencia, 2008, tomo III p 1635.

Posada, Carlos, LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN EN EL DERECHO COLOMBIANO, Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, n.º 29, julio-diciembre de 2015, pp. 141-182. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n29.07>

Roppo, V. La Nuova Disciplina Delle Clausole Abusive Ne iContratti FraImprese e Consumatori, en ClausoleAbusiveNei e Assicurazione, Giuffrè, Milán, 1994.

Serra, Adela. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA CONTRATACIÓN. Ed. Aranzadi. 1996

Stiglitz, Rubén. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL CONTRATO DE SEGURO. Abeledo-Perrot. Buenos Aires.

Tobeñas, José, DERECHO CIVIL ESPAÑOL (COMÚN Y FORAL).

9. CIBERGRAFÍA

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1480_2011.html