

Las cláusulas abusivas y el test para determinar su control¹

Unfair terms and the test to determine their control

<https://doi.org/10.15332/10675>

Artículos

José Manuel Gual Acosta²

Universidad Católica de Colombia

jmgual@catolica.edu.co

<https://orcid.org/0000-0003-0891-3691>

Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo³

Universidad Libre

aroldo.quiroz@unilibre.edu.co

<https://orcid.org/0009-0002-2041-0042>

Marcos Quiroz Gutiérrez⁴

Universidad Externado de Colombia

marcos.quiroz@uexternado.edu.co

<https://orcid.org/0009-0002-1577-8766>

Recibido: 05/03/2024

Aceptado: 05/04/2024

Citar como:

Gual Acosta, J. M., Quiroz Monsalvo, A. W., & Quiroz Gutiérrez, M. (2024). Las cláusulas abusivas y el test para determinar su control. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 19(2), 157-183. <https://doi.org/10.15332/10675>



¹ El presente texto corresponde al resultado de un ejercicio conjunto de investigación desarrollado por los autores vinculados a los grupos de investigación de las Facultades de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, Universidad Libre de Colombia y Universidad Externado de Colombia, respectivamente. Es importante anotar que el presente manuscrito se gestionó gracias al apoyo logístico y financiero de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla en aras de fortalecer la investigación científica desde la Rama Judicial colombiana

² Doctor en Derecho Civil-Responsabilidad por la Scuola Superiore Sant Anna di Pisa, Italia. Docente Investigador de la Universidad Católica de Colombia. Correo electrónico: jmgual@catolica.edu.co; ORCID: <https://orcid.org/0000-0891-3691>

³ Magíster en Derecho de Familia por la Universidad Nacional de Colombia. Ex Magistrado de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia y Expresidente de la misma corporación. Correo electrónico: aroldoquiroz@gmail.com; ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-2041-0042>

⁴ Especialista en Derecho Contractual y Relaciones Jurídicas Negociales por la Universidad Externado De Colombia. Magistrado Auxiliar de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. Correo electrónico: marcosquiroz@outlook.com; ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-1577-8766>

Resumen

En medio de la dicotomía que se plantea entre la eficacia económica y jurídica de los contratos, el presente estudio realiza una reflexión sobre los controles a los que se deben someter los contenidos contractuales a fin de determinar la abusividad de las cláusulas que hacen parte de estos. Todo en medio de una investigación teórica bajo un enfoque cualitativo de la problemática planteada con el objetivo de que el juez pueda evaluar la abusividad de una cláusula y garantizar la libertad contractual.

Palabras clave: equilibrio contractual, cláusulas abusivas, test de abusividad, buena fe.

Abstract

In the midst of the dichotomy that arises between the economic and legal effectiveness of contracts, allows the development of this study, which reflects on the controls to which contractual contents must be subjected in order to determine the abusiveness of the clauses that are part of these. All in the midst of a theoretical investigation under a qualitative approach to the problem raised, with the aim that the judge can evaluate the abusiveness of a clause and guarantee contractual freedom.

Keywords: contractual balance, unfair terms, unfairness test, good faith.

Introducción

La siguiente reflexión contiene el resultado de una investigación que tuvo como propósito identificar los controles a los que los jueces someten los contenidos de las cláusulas contractuales para verificar si estas son válidas o se deberían calificar de abusivas, para así, a partir de los criterios analizados, darle al juez las herramientas para identificar una cláusula como abusiva en caso de que no supere los parámetros de control, de manera que se mantenga la libertad contractual sin que con ella se generen abusos.

Así, dentro un ámbito epistemológico, la investigación cualitativa desarrollada hace un recorrido jurisprudencial en el que se identifican las pocas sentencias que en tema de cláusulas abusivas se han emitido, luego de proferidas las recientes normas de control y que en el derecho interno no superan más de dos décadas, no obstante el fuerte movimiento foráneo sobre el tema, desarrollado desde los años 60s del siglo pasado, con el fin de consolidar los criterios de control de la abusividad de las cláusulas contractuales.

Es así como, de la mano con la indagación documental, gracias a la investigación doctrinaria y el análisis jurisprudencial de la Casación Civil, se logra analizar e identificar como criterios de control sobre las cláusulas de manera

genérica, el concepto de equilibrio, el cual, luego de ser revisado muestra cómo deberá ser analizado, pues con base en la buena fe no todo desequilibrio genera un abuso (Gual, 2009). Por demás, resultó discutible si este es aplicable solo a contratos celebrados o no por adhesión y además, se identificó otro elemento de control de carácter específico basado en la existencia de unas listas que incluyen una serie de cláusulas que se consideran presuntamente abusivas, pudiendo o no admitir prueba en contrario para desvirtuar ese carácter.

De ahí que, con la necesidad de avanzar en la materia, surge la inquietud de saber si el derecho interno obstaculiza o favorece la normativa sobre cláusulas abusivas, partiendo de la hipótesis de que la normativa nacional favorece el control de las cláusulas abusivas al permitir que el juez las determine de manera amplia bajo el test genérico de abusividad y se oriente bajo el test específico de listas negras.

De esta manera esta investigación orientará al juez no solo en el análisis y aplicación de los criterios de control de las cláusulas abusivas, sino también en la verificación de sus efectos y manejo procesal, lo cual, en últimas, repercute en una sociedad más justa en favor del equilibrio contractual.

Historia y aspectos evolutivos sobre la normatividad vigente de las cláusulas abusivas

Luego de que se instaurara el movimiento codificador iniciado con la expedición del Code Civil francés del año 1804 bajo ideas liberales de igualdad, fraternidad y solidaridad entre las partes, en favor de la libertad contractual y la seguridad jurídica, si bien bajo los ideales liberales los individuos pudieron contratar bajo unas mismas normas en igualdad de condiciones, con reducción del formalismo contractual al privilegiarse la consensualidad y el conocimiento de las normas mediante la expedición de los códigos, dando a todas las personas la posibilidad de contratar en igualdad de condiciones, se hizo necesario que los contratos fueran no solo eficientes desde el punto de vista jurídico, sino también económico (Acosta y Gual, 2021; Fernández, 2021).

Es así como en busca de la celeridad negocial, las empresas para lograr la eficiencia económica de sus contratos dan inicio a un proceso de contratación mediante adhesión, en el cual ellas por su conocimiento y experiencia en el mercado predisponen de manera anticipada el contenido negocial, lo que da impulso a una contratación masiva bajo el uso de contratos con un clausulado pre establecido por la parte empresarial o incluso, por un tercero mediante formularios o modelos preimpresos, frente a los que la parte destinataria de los mismos no le queda otra opción que la de tomarlos o dejarlos, sin que la contraparte pueda

modificar el contenido del mismo, de manera que solo tendrá la opción de aceptarlo o dejarlo, pero que ante la necesidad que debe suplir con el bien o servicio resulta claro que aceptaría adhiriendo a su contenido en la medida en que ante la incapacidad de poder negociarlo o de que se le acepte una propuesta de un cambio debido a su debilidad económica o de conocimientos sobre el mercado o del negocio mismo, no le queda por su debilidad otra opción que contratar o dejarlo (Serra, 2002; Echeverry Botero, 2021).

Sin embargo, se trata de una situación que, no obstante poner en crisis el principio de la autonomía negocial de las partes, al final ante la eficiencia económica resulta aceptado, pero que pone en discusión la necesidad de que se establezca un mecanismo de control ante la posibilidad de que el clausulado resulte en muy gravoso en favor de una de las partes y en perjuicio del otro, quien es por lo general la parte débil (Gual, 2022).

Es por ello que el movimiento consumerista americano durante la década de los años 60s del siglo pasado va a buscar mecanismos de protección en favor de los consumidores para protegerles contra las cláusulas abusivas. A tal punto que se introduciría en los Estados Unidos un régimen de protección contra ellas en la *Uniform Commercial Code* de 1962 con la posibilidad de que el juez pudiera anular toda cláusula abusiva.

Lucha que en los países de Europa occidental tan solo se daría hasta los años 70s como un mecanismo de protección en los contratos de consumo en favor de los consumidores, destacándose la promulgación de leyes de protección en el Reino Unido desde 1973, Suecia desde 1971, Dinamarca desde 1974, Alemania desde 1976 y Francia desde 1978, y luego en España, Portugal e Italia. Bajo un sistema que no es uniforme en todas partes, al punto en que algunos se acoge un sistema de protección limitado a aquellos contratos con consumidores y otros, en cambio, incluyen la extensión de la protección a los contratos entre empresarios. (Fernandez, Gual, Denizot, Villalba 2023)

Se trata de un sistema que busca armonizarse en favor de un mercado económico global común, de manera que los sistemas empiezan a reformarse y actualizarse al punto de en el año 1993 se expide la Directiva UE 13/93, por la cual se consagra un régimen de protección común contra las cláusulas abusivas que permitía determinar bajo una norma genérica basada en la protección de la buena fe y el equilibrio contractual con el que se determinara una cláusula como abusiva. Criterios ambos que también han sido así considerados como genéricos por nuestra jurisprudencia interna (CSJ, Sentencia SC-5679-2018, Col.) (CSJ, Sentencia SC-4527-2020, Col.), Pero se incluiría el llamado criterio de listas que con un fin orientador se compone de un elenco indicativo mas no exhaustivo de una variada tipología de posibles cláusulas abusivas. El cual luego también se

adoptaría en los diferentes países de la Unión Europea. Es así como bajo un régimen de mínimos los países de la UE actualizarían e incorporarían a su legislación interna este régimen de protección contra las cláusulas abusivas. Sin embargo algunos optarían por establecer mayores controles a los consagrados en la Directiva UE 13/93, pues como Directiva de mínimos consagró una lista indicativa de cláusulas bajo un criterio de lista blanca, es decir, un elenco en el cual solo se mencionaban cláusulas potencialmente abusivas sin valor probatorio alguno, mientras que en otros países de la UE ese listado gozaría de una presunción de abusividad, la cual admitiría prueba en contrario cuando fuese gris o no la admitía prueba alguna cuando la lista fuera negra. Se destaca el caso italiano que en 1996, luego de incluir el régimen de control genérico de las cláusulas abusivas dentro del *Codice Civile*, lo hará también en su Código de Consumo de 2005 y mantendrá el criterio de las dobles listas de abusividad (gris y negra) muy al estilo del régimen alemán, de la reforma del año 2000 a su *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) que incluiría la idea de la Ley de 1976 sobre control de cláusulas abusivas, o como lo hace la reciente reforma francesa sobre el régimen de las obligaciones en el año 2015. Sin dejar de tener en cuenta que la más reciente reforma al Sistema Comunitario se da con la Directiva UE 83/ 2011.

Al respecto, en América Latina, como en el resto del mundo, se dará una evolución que va ser influenciada por la Directiva UE 13/93 para promulgar un régimen de protección interno contra las cláusulas abusivas, destacándose cómo en Colombia hacia mediados de los 80s se da un régimen inicial de protección para el consumidor, que resultaba muy limitado a un tema de garantías, para que luego se diera espacio a sistemas más proteccionistas como el modelo brasilero que bajo la Ley 8078 de 1990 en los artículos 51 a 53 consagró un régimen para las cláusulas abusivas basado en los regímenes alemán y portugués. Perú consagraría un régimen de protección con la Ley 29571 de 2010 (arts. 49-52) como también lo haría Chile con la Ley 19496 de 1997, artículo 16 al 16 B., en donde además del artículo 16 ya se ha establecido por el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC), como un equivalente a nuestra Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), un listado de las cláusulas que se han considerado por esa entidad abusivas y que, si bien no es obligatoria, es un sistema ilustrativo para el consumidor y las empresas, lo que ha permitido a Chile avanzar hacia las discusiones frente a su interpretación, de manera que hoy se consagra el principio pro consumidor como un derecho fundamental en su Constitución, el cual permitirá que en caso de dudas o doble interpretación se prefiera la más favorable al consumidor, lo que genera la preocupación de que lo importante es que el contrato no se desequilibre en favor de una parte, si no que ese equilibrio se mantenga o si en cambio ello es necesario frente a los potenciales abusivos empresariales como la parte fuerte contra el débil (Barrientos, 2022).

También es de destacar el reciente sistema argentino que en su Código Civil y de Comercio de la Nación, Ley 26994 de 2014, incluye normas de protección para los contratos de consumo. En los artículos 1117 a 1122 dispone un régimen contra cláusulas abusivas con un listado enunciativo, consagrado en el artículo 37 de la Ley de Defensa del Consumidor, Ley 24240 de 1993, adicionado por las Resoluciones 53 de 2003 y 994 de 2021, proferidas por la Secretaría de la Competencia, Desregulación y la Defensa del Consumidor, en las que se incluyen nuevos tipos de cláusulas abusivas⁵ aplicables tanto a contratos por adhesión como negociados, siempre que haya un consumidor (Rusconi, 2022).

A su vez, el sistema colombiano, si bien fue pionero sobre la protección al consumidor mediante el régimen de garantías establecido por el Decreto 3466 de 1982, tan solo con su derogación mediante la Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor) es que en realidad se establecería un régimen de protección en favor del consumidor, con un régimen general y otro especial de control sobre las cláusulas abusivas en los contratos de consumo (artículos 41 al 43) sin que se limite solo a los contratos celebrados por adhesión.

Sin embargo, en la normativa nacional también se habían emitido normas de control sobre las cláusulas abusivas en normas especiales (Pérez, 2013), para los contratos de consumo financiero mediante la Ley 1328 de 2009, en la que se consagra un listado enunciativo de cláusulas abusivas (art.11) que se complementaría con el listado ejemplificativo establecido en la Circular Externa 018 de 2016⁶ de la Superintendencia Financiera de Colombia que en el numeral 6.1 incluye seis tipos de cláusulas abusivas con varios tipos ejemplificativos de ellas. También se expediría en materia de servicios públicos domiciliarios la Ley 142 de 1994 que establece otro listado de cláusulas abusivas, (artículo 133). Además, de ciertas normas aisladas en materia de servicios postales y comunicaciones como la Resolución 5111 de 2017 de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC)⁷, que en el art 2.1.3.1 establece un listado de cláusulas prohibidas a la luz del Estatuto del Consumidor y las que se consideran abusivas⁸. Así como en sectores de servicios postales la Ley 1369 de 2009 y la Resolución

⁵<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-53-2003-84410/actualizacion>

⁶ <https://fasecolda.com/cms/wp-content/uploads/2019/08/circular-externa18-16-anexo.pdf>

⁷ https://colombiatic.mintic.gov.co/679/articles-62266_doc_norma.pdf

⁸ De conformidad a un proceso sancionatorio contra TIGO UNE, la SIC en la Resolución 71090 del 6 de diciembre de 2019 le condena al pago de una multa por más de 500 millones al encontrar cláusulas abusivas en sus contratos en aplicación de la Resolución 5111 de 2017 de la Comisión de Regulación de Comunicaciones. Al respecto se remite a <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/boletin-juridico/UNE%20EPM.pdf> como a la sentencia sic 6744 del 29 de Julio de 2020.

3038 de 2011 de la CRC que estableció en el artículo 7 ciertas cláusulas prohibidas⁹.

Identificación y aplicación del control de abusividad

De la normativa general se desprende que para identificar una cláusula como abusiva se debe analizar en primera medida si existe una norma general que así la consagre, dentro de un listado que así la consagre y ello se va a encontrar en el artículo 42 del Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011).

Al respecto la Ley 1480 de 2011, como Ley General de Protección de los Derechos de los Consumidores, establece un doble régimen sobre los criterios de abusividad.

Por una parte, establece un criterio genérico con base en el cual se deduce de la noción los parámetros que permitirán considerar una cláusula como abusiva, a fin de ejercer un test de control sobre los contenidos contractuales que se consideren abusivos.

Es así como en el artículo 42 y 43 de la Ley 1480 de 2011 se plantea una definición de lo que, según dicha normativa general aplicable como norma de orden público (art. 4) a todo contrato de consumo, se entendería por cláusula abusiva.

Una vez así identificada la cláusula, sobre esta se ejerce entonces el test general de abusividad con el fin de controlarla mediante su inaplicación, ya que en el texto de la norma, la sanción es que ella adolecerá de una ineficacia de pleno derecho (Ley 1480 de 2011, arts. 42 y 44).

Se observa entre las normas de consumo una cierta contradicción, toda vez que, en el artículo 42 de la Ley 1480 de 2011(en adelante Estatuto del consumidor o EC), al considerarse una cláusula como abusiva esta quedará sin efectos, ya que se sanciona con su ineficacia de pleno derecho de similar manera lo hace al artículo 43, es decir, se aplicará el contenido del contrato con sus cláusulas sin la que se considera abusiva, ya que se ignorará su contenido como si ella fuese inexistente (art. 42), mientras que en el artículo 44, se sanciona con su nulidad. Ahora, si bien se da preferencia al mantenimiento del contrato sin la cláusula considerada abusiva, lo que resulta al parecer acertado en la medida que se protege a la parte débil al permitírsele que como usuario o consumidor frente a la contraparte satisfaga con la validez del contrato la necesidad por ella querida, esto es la obtención de un bien o servicio. La sanción de la nulidad, en realidad es una

⁹ https://www.redjurista.com/Documents/resolucion_3038_de_2011_crc_-_comision_de_regulacion_de_comunicaciones.aspx#/

contradicción aparente, ya que bajo el amplio régimen de ineficacia, cuando una disposición contractual es contraria a las normas de orden público lo que daría sería su invalidez mediante una acción de nulidad, que sería de oficio; mientras que si la sanción es alegada por la parte se estaría ante una anulabilidad o nulidad relativa, pero que en ambos casos se necesitaría de una declaración judicial, mientras que la norma lo que busca es que con un sentido proteccionista sin necesidad de esa declaración, la cláusula sea considerada abusiva y se inaplique o simplemente se tenga por no escrita al ser desde un principio abusiva por ser ineficaz de pleno derecho, dejando en todo caso la posibilidad a que la parte con ella afectada solicite su nulidad, lo cual es acorde a las normas de protección del orden público contractual de protección de débiles que establece la nulidad de las disposiciones contractuales que tengan objeto ilícito por contrariar normas de orden público y que serían nulas a la luz de los contratos de derecho privado (arts. 1741, 1742, 1502, 1519 y 1523 CC) (art. 902, núm. 1 y 2; art. 899 c.co) e incluso en la contratación con el Estado (art. 47, Ley 80 de 1993).

Si bien es cierto que existe un test de abusividad bajo un control genérico por parte del juez con base en el artículo 42 EC, en la práctica lo más fácil para considerar una cláusula como abusiva será verificar primero si esta hace parte del criterio especial de las listas, pues las normas especiales, según el tema en ellas tratado, consagran un listado especial de cláusulas que se consideran abusivas.

De manera que se encuentra el artículo 43 EC aplicable a todo contrato de consumo, con trece cláusulas que de manera irrefutable, en una lista negra son consideradas como abusivas, y que en consecuencia no admiten prueba en contrario del empresario que las predispuso. (CSJ, Sentencia 1100131030142001-01489-01, Col.)

Pero también aparece en el artículo 133 de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios (Ley 142 de 1994, Col.) un listado gris de 25 cláusulas presuntamente abusivas y que se considera gris en la medida en que establece una presunción de abusividad que admite prueba en contrario para desvirtuar la abusividad y demostrar, por parte de la empresa que se beneficia con ella y la pretende hacer valer, que la cláusula es equilibrada. Listado que, por demás, es solo enunciativo, ya que la autoridad de control podrá considerar como abusivas otras cláusulas que se sometan a su estudio así no estén en el listado.

Mientras que en la Ley 1328 de 2009 sobre el régimen del consumidor financiero se establece un listado enunciativo que es considerado de carácter negro por no admitir prueba en contrario por la entidad vigilada sobre la no abusividad ante la Superintendencia Financiera de Colombia (art. 11). Listado que resulta ejemplificativo, ya que él mismo fue ampliado a seis tipos de cláusulas abusivas con más de 50 ejemplos sobre ellas.

También se consagró en el artículo 7 de la Resolución 3088 de 2011 de la CRC un listado negro de cuatro cláusulas que se consideran abusivas al estar prohibidas. Pero si bajo ese criterio genérico no resulta claro si una cláusula hace parte de las que se consideran abusivas, para ello el intérprete usaría el criterio de listas consagrado en el artículo 43 del Estatuto de Consumo.

Sin embargo, un análisis razonable conduce a que primero el intérprete verifique bajo su sana crítica si la cláusula que va a someter al análisis del test de abusividad hace parte de alguna de las listas según el tipo de contrato (Ejemplo, el artículo. 43 del EC) y solo si ella no aparece allí, se aplicará el criterio genérico de control establecido en el Estatuto del Consumidor (art. 42) (Gual, 2016).

Pero surge el interrogante sobre a quién se aplicará el test de control de cláusulas abusivas. Sobre esto, la ley colombiana solo ha reconocido ese control para los contratos de consumo celebrados por adhesión (Ley 1480 de 2011, arts. 2 y 41, Col.). En donde se entenderá como contrato de consumo aquellos en que en uno de los extremos este un consumidor o usuario, y en el otro extremo un profesional. Esto es lo que se considera los contratos B2C.

De conformidad con el artículo 5 de la Ley 1480 de 2011, el sujeto consumidor o usuario podrá ser una persona natural o jurídica sin importar que sea de derecho privado o público que como destinatario final adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica.

Pero si esa necesidad es empresarial ese profesional será consumidor cuando la satisfacción de esa necesidad no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Al respecto este párrafo final de la definición resulta confuso en la medida en que no es claro qué se entiende por intrínseco, pues la norma debió ser más precisa y entonces consagrar que la finalidad con que se adquiere el producto o servicio por parte del profesional o empresario (productor, proveedor, importador, distribuidor o vendedor) (Ley 1480 de 2011, art. 5, num. 9, Col.) es para la satisfacción de una necesidad ajena a su actividad económica, pues si bien el régimen de protección de las normas de consumo se funda en que debe tener un ámbito de aplicación limitado, como lo es la protección de los consumidores, no parecería acertado que ese régimen de protección se extienda al empresario que adquiere un bien o servicio para una finalidad indirectamente relacionada con su actividad (Denizot, 2021).

Bastaría pensar en el evento en que un empresario dedicado a una actividad productiva, como sería la producción de libros escritos, compra un instrumento de protección para la seguridad industrial de sus empleados, como serían los guantes, overoles o gafas, en el proceso de la elaboración de libros y

ante una falta de garantía de los mismos pretenda protegerse con las normas de consumo cuando, en cambio, la adquisición de esos implementos estaba relacionada con su actividad productiva más no como cuando compra las materias primas como sería el papel o la tinta, o los pegantes para la producción de los libros, pero en todo caso, más que intrínseca la relación de compra en ambos casos parece directamente relacionada con su actividad empresarial o por lo menos no es ajena a la misma, pero no es claro si la negación de la aplicación del Estatuto de Protección al Consumidor sea así de claro por establecer en la norma el confuso término intrínseco (Gual, 2019; Momber, 2019).

Lo cierto es que si bien el consumidor como parte débil contractual necesita una protección por su particular debilidad económica o de conocimientos frente a los contratos que celebra con las empresas cuando estas son su contraparte, y si bien las empresas pequeñas o medianas (PYME) también puede ser víctimas de abusos contractuales por el desequilibrio en que ellas se encuentran frente a la Gran empresa en los contratos que entre ellas celebran, no parece que el nivel de protección sea el mismo que el de consumidor, pero al menos frente a las cláusulas abusivas debería extenderse una protección bajo el régimen del equilibrio contractual con base en los principios de transparencia y buena fe, pues una extensión idéntica al régimen de consumo con sus listados podría hacer que las empresas se vuelvan poco competitivas, además de que entre ellas hay elementos relacionados con la pericia en el desarrollo comercial que implica un grado de conocimientos, en todo caso diferente a la ignorancia y debilidad del consumidor, pero que en todo caso vulnerables y más si están en situación de dependencia como clientes (Gual, 2015). Al respecto, en Francia, Italia, Portugal, Alemania e Inglaterra no es extraño que las PYME también gocen de cierto tipo de protección como sujetos débiles ante la gran empresa.

De esta forma, el consumidor como destinatario final bajo un aspecto subjetivo y en ejercicio de un contrato de consumo como aspecto de control objetivo, va a resultar beneficiario de la protección contra las cláusulas abusivas (Ley 1480 de 2011, art. 5, num. 3; art. 41, Col.).

Finalmente, se discute hasta dónde se debe proteger al consumidor en presencia solo de contratos celebrados por adhesión (Ley 1480 de 2011, arts. 37 y 38, Col.) o si la protección contra las cláusulas abusivas se podría extender a contratos negociados¹⁰. En la medida en que el consumidor suele carecer del

¹⁰ La Corte suprema en su sala civil ha sostenido que además del desequilibrio y la violación a la buena fe como criterios objetivos de control, también se prohíben las cláusulas abusivas sobre los contratos por adhesión, Cas. Civ Sentencia del 2 de febrero de 2001 y en similar sentido la C.Cnal, Sentencia c-909/12. Sin embargo, hoy la tendencia es que incluso puede haber cláusulas abusivas en contratos negociados.

poder de influenciar sobre los contenidos contractuales al punto que ni puede modificarles (Ley 1480 de 2011, art. 5, num. 4, Col.) y que así lo pudiera hacer muy posiblemente no lo comprendería, por su falta de experticia sobre el negocio que celebra. En el derecho comunitario bajo la Directiva UE 83/11 que reformo la Directiva UE 13/93 parece acertado extender el régimen de protección de los contratos de consumo sean o no negociados.

El punto sobre la protección limitada a contratos de consumo por adhesión parece discutible, en Colombia, pues el EC establece un régimen de tutela contra las cláusulas de modificación unilateral en los contratos de adhesión al prohibirlas (arts. 37 y 38, EC Col.). Mientras que permite las cláusulas de permanencia siempre que sean equilibradas (art.41 EC) y luego en el capítulo III del mismo título VII del EC consagra el régimen de las cláusulas abusivas en contratos de consumo, sin precisar si es un régimen limitado para contratos por adhesión lo que se interpretaría con base en los principios del derecho de consumo y entre ellos el *pro consumatore* d manera que ante la duda conveniente extender la protección del régimen de control a los contratos de consumo, incluso para aquellos que no son de adhesión (Villalba-Fernández, 2020). Con todo la cláusula de modificación unilateral podría no ser abusiva si su finalidad es la salvaguarda del contrato es equilibrada y conforme a la buena fe (Helleringer 2012) (Rodríguez 2024) (Gual, Fernández, y Acosta. 2023).

El test de control de abusividad especial, también llamado del régimen de listas

En presencia de un clausulado contractual que por lo general suele ser predispuesto en un contrato celebrado por adhesión a condiciones generales predispuestas por una de las partes, quien será la que por su experticia o conocimiento del negocio al cual se encuentra habituado o por su solidez económica es considerada la parte fuerte, como quiera que será quien predispone el contenido de las cláusulas contractuales impulsado por una necesidad, “celeridad y eficiencia económica”, no obstante ello podría ocasionar que el contrato carezca de eficiencia jurídica al contener cláusulas abusivas que puedan resultar muy gravosas para una de las partes, quien frente a su debilidad de conocimientos frente al contrato que celebra o su falta de poder económico o experticia sobre el tema objeto del contrato suele aceptar esas condiciones predispuestas. Es allí donde el régimen del test de control sobre las cláusulas abusivas entraría como un mecanismo de protección a la libertad de contenido de los negocios como acto de autonomía privada, que si bien se manifiesta con claridad cuando la contraparte o sujeto débil no tiene el poder de ejercer influencia sobre los contenidos del contrato, al ser por adhesión (Bricks, 1982), no

obstante, la tendencia actual propenda por una protección incluso en contratos negociados.

Ante esta apenas mencionada situación la doctrina y la legislación foránea consideran la necesidad de que por ley se establezca un test de control sobre el contenido, el cual puede ser previo, si las autoridades revisan el clausulado de los contratos antes de que estos salgan al mercado o posterior, si el contrato pasa a un control sobre el contenido que las partes pactaron para determinar, previa demanda, la invalidez. Incluso los controles se han propuesto sobre la formación del contrato para verificar el acuerdo mediante las obligaciones de información y el conocimiento efectivo de las estipulaciones, así como sobre la forma de las cláusulas (Ghestin y Marchessaux, 1991).

Al respecto es de tener en cuenta que en Colombia se carece de un control de abusividad previo de contenidos, ya que en nuestro sistema el test de control sobre la abusividad al que se someten las cláusulas contractuales se hace de manera posterior a la celebración del contrato previo proceso ante la autoridad de control, que serían la Superintendencia de Industria y Comercio¹¹, Superintendencia Financiera, Superintendencia de Transporte¹² o Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y en últimas, ante un juez ordinario o de la justicia arbitral.

El test al que se someterá una cláusula sospechosa de abusiva consistirá en que una vez se presente la demanda el juez o autoridad de control deberá verificar primero si el contenido o efecto de la cláusula, sin importar su nominación, es de las que aparece dentro del listado de cláusulas que se presumen de manera irrefutable abusivas, ya que ese listado no admite prueba en contrario, pues si está en el listado es abusiva, pues se está en presencia de un listado que se suele denominar negro, por prohibitivo y contener una presunción de derecho de abusividad, que no admite prueba en contrario y que por ser limitativo de la autonomía privada se considera taxativo. No obstante, bajo el criterio general de abusividad el juez podrá sancionar otras que considere abusivas. Listado negro que además obedece a una manifestación del nuevo orden público de protección de débiles y dentro de ellos, quien más que los consumidores sujetos de especial

¹¹ Al respecto se remite al concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre cláusulas abusivas: en https://www.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/Concepto%2016%2057729%2015%2004%2016%20Reglas%20Desisit%20Consum%20%281%29_1.pdf

¹² Destacándose la reciente y acertada sanción que, en junio de 2022, esta entidad impuso a 19 aerolíneas por incluir cláusulas abusivas en sus contratos, entre las que se destacan las limitativas de responsabilidad y las que omitían derechos de los consumidores. <https://www.supertransporte.gov.co/index.php/comunicaciones-2022/supertransporte-sanciona-a-19-aerolineas-por-incluir-en-los-contratos-de-transporte-clausulas-que-vulnerarian-los-derechos-de-los-usuarios/>

protección, quienes en Colombia lo son bajo el artículo 5 de la Ley 1480 de 2011 desde el punto de vista subjetivo, tanto personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que además se encuentren desde el punto de vista objetivo bajo una relación de consumo.

Es de aclarar que, si bien el objeto de la protección de las normas de orden público de consumo es precisamente para las personas que tengan ese carácter, en nuestro sistema, a diferencia de otros que lo limitan a las personas naturales, se amplía su ámbito de protección a las personas jurídicas sin importar que sean públicas o privadas, que en todo caso adquieran o bien, o servicio para un fin ajeno al profesional.

Sin embargo, al definirse el concepto de consumidor en la Ley 1480 de 2011 (art. 5) el concepto no resulta tan claro, pues la norma parece imprecisa al consagrar que la adquisición del bien o servicio no debe ser intrínseco a la actividad empresarial o profesional. Lo que conlleva a dudas sobre lo que debe entender por una adquisición intrínseca a una actividad profesional, pues podría entenderse como una actividad relacionada, sea de manera directa o indirecta, con la actividad profesional, pero la norma no lo estableció; tal vez hubiera sido ideal que la norma fuera menos oscura en el sentido de limitar la protección en forma precisa al empresario consumidor, acercándolo a una actividad netamente de consumo, como si se hubiera dicho que la adquisición de un bien o servicio que haga un empresario debe ser ajena o extraña, o sin relación alguna de manera directa o indirecta a su actividad empresarial o profesional.

Por demás, en cuanto al criterio de las listas, es de observar que en el derecho foráneo estas pueden ser blancas, ya que se consagra un listado de cláusulas que podrían ser abusivas a manera de un criterio orientador sin presunción alguna o grises, si en ellas se establece un listado de cláusulas que pueden ser abusivas y así, se presumen ellas de hecho al permitir que el empresario desvirtúe con prueba en contrario tal presunción, como sería la prueba de que la cláusula es equilibrada, mientras que la negra no admite prueba en contrario y se consideran de manera irrefutable abusivas bajo una presunción de derecho.

Un ejemplo emblemático de las listas grises es el que se consagra en la Directiva UE 13/93, el cual fue en un inicio acogido por Francia antes de las reformas a su *Code Civil* del año 2015 como una lista blanca. Directiva que en cambio se incorporó como un listado gris en el Código de Consumo italiano de 2005, sin que se desconozca la existencia de un listado negro, tal y como aparece en el BGB alemán de 2000, en el que incluso se consagró también un listado gris.

A su turno el derecho nacional ha consagrado en su mayoría listados negros, así ocurre en desarrollo de la Ley 1328 de 2009 en temas de consumidor financiero, complementado con un listado ejemplificativo y orientador de las cláusulas abusivas en el sector financiero, sin que el mismo sea exhaustivo, bajo la Circular 018 de 2016, proferida por la Superintendencia Financiera¹³ en donde a partir del numeral 6 se indican con varios modelos ejemplificativos, pues en efecto existen otras cláusulas abusivas que ni siquiera se mencionaron, pero que han sido así consideradas en Francia y España e incluso por la Corte de Justicia de la Unión Europea. Ejemplo de ellos, los constituyen las cláusulas suelo que tanta crisis hipotecaria generó en España al tener piso como tasa de interés mínimo (suelo), pero carecer de un límite (techo) de los mismos como un tipo de cláusula de interés fluctuante, declarada abusiva en la medida en que siempre estaba al alza y nunca bajaba, lo que podría colocar en discusión la cláusula nacional para créditos con garantía hipotecaria llamada unidad de valor real (UVR). Otras cláusulas también declaradas abusivas en préstamos bancarios son las cláusulas al redondeo, consideradas como abusivas en Francia en tema de préstamos bancarios e incluso, también así se declara en España las de garantías excesivas, las que suelen utilizar los bancos en los préstamos hipotecarios al solicitar una hipoteca y pretender que esa garantía la pague el consumidor cuando debieran pagar ellos al estar esa garantía constituida en su favor, gravando la situación del contratante débil que ya afronta el costoso servicio financiero. No obstante es de recordar que en la Unión Europea se manejan tasas de interés con garantía hipotecaria mucho más bajas que a nivel nacional. Incluso es considerado como abusivo aquella cláusula que en el contrato, de promesa o venta de inmuebles con garantía hipotecaria bajo un modelo de adhesión establece para el consumidor la notaría en que se hará la venta o aquella por la que el consumidor paga el costo de la constitución de la escritura de hipoteca lo que tiene sentido ya que es una garantía en favor del banco de manera que debiera ser este último quien debería asumir el costo de su beneficio.

Esto por solo mencionar algunos de los tantos modelos que escapan al objeto de este texto, pero tan sensibles al consumidor en contratos de contenido netamente social como la compra de vivienda.

También, de manera general, se encuentra el listado negro del artículo 42 de la Ley 1480 de 2011 con un elenco de cláusulas consideradas abusivas al pretender en su mayoría limitar o exonerar de responsabilidad de los miembros de la cadena de distribución (vendedor, importador, distribuidor, productor) contra los intereses del consumidor o incluso afectar sus derechos. Existiendo dentro de

¹³ <https://fasecolda.com/cms/wp-content/uploads/2019/08/circular-externa18-16-anexo.pdf>

ellas una tipología tan variada cuyo único límite es la imaginación, de ahí que, si bien el listado es ejemplificativo y de carácter taxativo, como sucede en el listado de los contratos financieros y en general, de consumo, el juez u órgano de control bajo el test general de abusividad, que en el numeral siguiente del presente texto se explicará, podrá declarar como abusivas otras cláusulas que sin importar su nominación o contenido generen los mismo efectos restrictivos, incluso al momento de su aplicación.

Solo en materia de servicios públicos domiciliarios la Ley 142 de 1994 consagró un listado gris, el cual tiene también un carácter enunciativo e ilustrativo, dejando expresamente abierto el listado a organismos de control para que consideren así otras que juzguen abusivas.

Con todo, se trata de listados que sin importar su color, sean estos blancos, grises o negros, cumplen en esencia una función orientadora o para el juez, en caso de no saberse con precisión si la cláusula es o no abusiva, lo cual es acorde a las más reciente tendencia unificadora del derecho de contratos, como es el caso del proyecto común CESL para la unificación europea de la compra venta, al que tampoco escapan los listados orientadores en favor del consumidor. Incluso en Chile el SERNAC, como autoridad homóloga a nuestra SIC, emitió un listado¹⁴ orientador contentivo de no menos de mil cláusulas abusivas.

Aplicación del test de abusividad general según su noción

La segunda parte del test de abusividad, desde el punto de vista metodológico, lo constituye el criterio general de control, que es dado por la definición misma de lo que se entiende por una cláusula abusiva, la cual tan solo se consagró en la legislación interna en el artículo 42 de la Ley 1480 de 2011.

Noción que será aplicable por el juez o juzgador sobre toda aquella cláusula que pueda parecer abusiva, de manera que el test general de abusividad se basará en el concepto mismo de lo que por cláusula abusiva se entiende. Test al que se someterán de manera específica las cláusulas que hacen parte de los contrato de consumo (Ley 1480 de 2011, art. 2).

Para ello, es de tener en cuenta que lo que caracteriza a un contrato de consumo es que el mismo sea celebrado entre una parte profesional (productor) y un consumidor o usuario (que podrá ser una persona natural o jurídica, pública o privada) en la otra parte (Ley 1480 de 2011, art. 5, num. 9 y 3), dentro de lo que

¹⁴ El listado del SERNAC es consultable en <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/concepto-boletin-juridico/20-109990.pdf>

suele llamar contratos B2C, en los que B es la empresa o profesional, y C el consumidor (Roppo, 2005).

La finalidad del test de abusividad no es otra que la de proteger de una manera más eficiente a la parte débil (debilidad que una de las partes puede tener no solo desde lo económico y su necesidad, sino por tener menores conocimientos o pericia sobre el contrato que celebra) que celebra contratos de consumo, de las cláusulas abusivas, las cuales pueden ser establecidas dentro de contratos negociados, pero que con mayor frecuencia aparecen dentro de los contenidos o condiciones generales predispuestos por la parte fuerte (empresaria) en contratos celebrados por la adhesión a módulos o formularios estándar dentro de los contratos masivos que a la postre suelen ser abusivos frente al consumidor (Ley 1480 de 2011, art. 3, num. 1.6) por generar un gran o enorme desequilibrio de la relación contractual (art. 42).

Es así como la protección contra las cláusulas abusivas no parece limitarse solo a contratos celebrados por adhesión. No obstante, es allí donde resulta más evidente la potencialidad de abusos contractuales (CSJ, Sentencia SC-129/18, Col.), en especial si ellos son, además, contratos de consumo, pues con norma expresa las cláusulas de modificación unilateral en contratos por adhesión están prohibidas (Ley 1480 de 2011, art. 37), toda vez que el consumidor en esta modalidad contractual, al carecer del poder para influenciar sobre su contenido, merece una protección adicional, como es la de que en esos contratos está prohibida la inclusión de cláusulas de modificación unilateral, entendida esta como una especie del género de cláusulas tendencialmente abusivas, ya que en aquellas se consagra la posibilidad única del empresario para ejercer un *ius variandi* solo en su favor (Gual et ál., 2023), lo que resulta contrario a los intereses del consumidor¹⁵ (Ley 1480 de 2011, art. 38). Es así como se aplicará el test general de protección a todo contrato de consumo negociado o no.

Criterios de protección que resultan ser una aplicación del nuevo orden público contractual de protección de débiles, de manera que las protecciones mínimas consagradas en el estatuto del consumidor no se pueden desconocer por pactos entre las partes al tener un carácter de orden público y en caso de duda sobre los contenidos se preferirá aquella interpretación que más convenga al consumidor (Ley 1480 de 2011, arts. 4 y 34).

¹⁵ Al respecto es interesante la sanción que la Superintendencia de Industria y Comercio establecería contra una constructora que pretendía modificar unilateralmente el precio de los inmuebles (Res. MIN Comercio – SIC 39305 del 5 de Julio 2017, Radicado 14-046906) en <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/082017/MayaResol39305Jul2017VIS.pdf>

Sin embargo, aunque la norma no lo establezca de manera clara y directa, la doctrina ha planteado la necesidad de que el control del test general de abusividad se extienda a cualquier contrato donde exista una posición contractual en donde una de las partes pueda ejercer abusos contractuales sobre la otra.

Lo que podría así suceder, en especial en aquellos contratos celebrados entre una gran empresa y su clientes PyME que se encuentren frente a la misma en una situación de dependencia, bastaría pensar en los casos de contratos de suministro en que la primera establece dentro del contrato cláusulas de pago a la PyME a 120 días, o cláusulas de pago a plazo sin reconocer intereses, indexación o sobrecostos, que sin una contrapartida que lo equilibre resulta muy oneroso para la parte débil y más ante las fluctuaciones del dólar los precios de insumos y la elevada inflación. Situación que por demás contraría principios como la buena fe, que goza de protección no solo legal, sino además constitucional y del solidarismo contractual bajo deberes secundarios de conducta que implican un comportamiento colaborativo, transparente, correcto, honesto y leal en la relación contractual, situaciones a las que los sistemas foráneos de derecho no son ajenos y su legislación interna de protección, tal y como ocurre en Portugal, Reino Unido, Alemania e Italia y de reciente, Francia, por solo mencionar unos a manera de ilustración. Incluso así se planteó en el código modelo de legislación *soft* sobre la compraventa europea CESL.

Lo que no deja de ser preocupante ante el hecho de que la mayoría de las economías se desarrollan por las PyMes y mientras la tendencia sea la de su protección para evitar que les paguen morosamente, en Colombia en cambio el Gobierno anterior mediante la Ley 2024 de 2020, llamada de Plazos Justos y promulgada en plena pandemia de la Covid-19, desde entonces le permite a las grandes empresas la cláusula de pago a 60 días sin intereses en los contratos que celebren con las PyMes, lo cual pone en riesgo su débil estructura financiera y establece que cualquier cláusula contra ello sería ineficaz de pleno derecho. Mientras que con la Dir. UE 2011/7 lo que se busca es evitar los pagos de más de 30 días de mora, en donde la gran empresa se financie a expensas de la iliquidez de sus acreedores (Moreno, 2019) de manera que en España, por ejemplo, si se paga en un plazo mayor, además de los intereses legales, se pagarán 40 euros por factura, no obstante el plazo se podría modificar de mutuo acuerdo entre las partes, pero sin superar 60 días, consagrándose que un pacto en contra de ello por su ilegalidad y el gran desequilibrio que genera con claridad resultaría abusivo.

Bastaría pensar en el desequilibrio que podría generar una cláusula en un contrato B2b donde *B* es la gran empresa y *b* una PyME, sin que se esté en una relación de consumo. Lo que en estos últimos eventos, si bien se pueden generar abusos, no son los mismos que hacían consumidores de ahí que no se suele aplicar

el criterio de las listas a los contratos B2b, sino solo el test general en la medida en que por lo general se entenderá que el uno es cliente del otro.

Con base en lo anterior, basta con imaginar el evento en que una pequeña empresa en situación de dependencia frente a la contratación que tiene con una Gran Empresa encuentre un contrato con cláusulas preestablecidas por la parte fuerte del siguiente tipo:

- La empresa *b* suministrará a la empresa *B* productos durante un año, los cuales se pagarán con cortes a cada tres meses.
- La empresa *B* no reconocerá indexación, cláusula penal o interés alguno por el pago permanente a tres meses, ya que se está ante una obligación de valuta.
- En caso de incumplimiento en el suministro semanal de los productos o por no mantener cada viernes el stock mínimo de productos la empresa *b* pagará como cláusula penal acumulativa a la indemnización derivada de la pérdida de potenciales ventas el valor del \$, como cifra equivalente al promedio de los pedidos semanales del mes a título de indemnización.

Lo cierto, y se insiste, es que una cosa es la protección para los consumidores y otra para los empresarios, pero nada se opone a que en aplicación del principio de la buena fe exista una protección para los empresarios al menos en posición de dependencia contractual, frente a las cláusulas desequilibrantes (Albiez, 2009; Gual, 2015).

Por otra parte, el derecho de consumo es tan amplio en la medida en que todos somos consumidores. Por ello se afirma que los contratos en donde una de las partes es un consumidor, ello con independencia de que se esté ante un contrato civil, de comercio o estatal, pueden escapar a la esfera de control del test de abusividad sobre las cláusulas particularmente gravosas si se está ante un contrato de consumo en aplicación del orden público de protección (Ley 1480 de 2011, art 2 y 5) se ejerce en los contenidos de los contratos con consumidores, inclusive bajo el principio *in dubio pro consumatore*, donde en caso de duda se aplicará la ley que más favorezca al consumidor (Ley 1480 de 2011, art. 34).

Ahora, lo que deberá hacer para ejercer el control de abusividad será primero identificar si el contrato, sea civil, mercantil o estatal, es o no de consumo, si no lo es entonces una vez identificada una cláusula sospechosa de abusiva ella se deberá controlar bajo el régimen especial del mismo contrato si tiene norma específica sobre alguna cláusula abusiva y si lo supera, se aplicará además el test general de abusividad que se basará en los criterios de equilibrio contractual y buena fe (CSJ, Sentencia SC-1806/15, Col., Sentencia SC-170/18, Col.).

Pero si el contrato, además, resulta ser de los de consumo, primero se aplica el test de control específico de cada contrato de consumo especial, si es de los que tiene régimen específico, iniciando con el control de listas, si las hay, y luego el test de los contratos de consumo en general, iniciando con las listas del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011, bajo su carácter orientador, de manera que si la cláusula aún resulta válida por superar esos parámetros, finalmente se aplicará el criterio general del test de control bajo el concepto general de cláusula abusiva del artículo 42 de la Ley 1480 de 2011, el cual al ser de aplicación general y de orden público a todo contrato de consumo, permite al juez llenar los vacíos o dudas sobre la abusividad de alguna cláusula en específico, de manera que la podrá anular conservando la validez del resto del contrato y solo dejarlo sin efectos cuando sin esa cláusula declarada abusiva el contrato carezca de sentido (Ley 1480 de 2011, arts. 43 y 44).

Por demás, si bien en contratos con consumidores en Colombia las cláusulas abusivas de las listas negras se entenderán ineficaces de pleno derecho (Ley 1480 de 2011, art. 42), esto es como si ellas no existieran, lo cierto es que también pueden ser declaradas de oficio, ya que tienen objeto ilícito por contrariar el orden público de protección en favor de los consumidores como particulares sujetos débiles y en los contratos que estos celebran con los profesionales miembros de la cadena de distribución, sean, importadores, productores o proveedores (Ley 1480 de 2011, arts. 5, num. 9 y 1).

Pero, además, el principio de la buena fe funciona como un criterio intermedio de interpretación junto a los artículos 1618 a 1624 del Código Civil.

De ahí que, si las partes establecen una cláusula de indivisibilidad del contrato, de manera que se pacte que si un juez llegase a declarar nula una de sus cláusulas, también se deberá declarar nulo el contrato. Ante esto, a fin de desenmascarar la cláusula abusiva, lo que se debe hacer es demandar la cláusula de indivisibilidad por abusiva de manera que el contrato seguirá siendo válido en el resto y sin las demás cláusulas abusivas que, además de la de la indivisibilidad del negocio, (Kerhuel, 2011) adicionalmente se decreten así por el juzgador, como podrían ser las limitativas de responsabilidad por incumplimiento o las de *ius variandi* unilateral según el caso.

Pues el test general de abusividad al que se somete una cláusula contractual en un contrato o relación de consumo (Ley 1480 de 2011, art. 42) se fundamenta en un control que se basa en el criterio del desequilibrio que esa cláusula en específico puede generar en contra del consumidor. Criterio que encuentra su fundamento en el principio de la buena fe objetiva que las partes deben mantener en cualquier contrato con independencia que sea de consumo.

El test de abusividad general al que el juzgador somete la eficacia o validez de una cláusula contractual se fundamenta en el desequilibrio que ella puede ocasionar. Pero no se trata de cualquier desequilibrio, pues este debe ser por una parte injustificado o irrazonable (Rodríguez, 2024) porque si este desequilibrio se desvirtúa por la parte que con la cláusula se pretende beneficiar, ya no podría ser considerada abusiva, de manera que sería válida por no contrariar el orden público al carecer de objeto ilícito, pues lo contrario haría que de manera general se declare nula (Decreto 410 de 1971, arts. 1741-1742, Col.; Ley 1480 de 2011, art. 44, Col.), pero que en derecho de consumo, además, la haría ineficaz de pleno derecho (art. 42 EC) de manera que se inaplicaría al tomarse por no escrita y sin efectos, incluso sin necesidad de sentencia judicial, es decir, como si fuera inexistente.

Un factor que podrá servir como instrumento de prueba del equilibrio de la cláusula sometida al test de abusividad podría ser el hecho de que cuando en un contrato con una cláusula en principio abusiva, se pacta en compensación de sus existencia una contraprestación económica en favor de la otra parte (Checherini, 2016), o incluso cuando también se le llega a dar el mismo derecho al consumidor, circunstancias cualquiera de estas que si se prueban por la parte fuerte desvirtuarían el desequilibrio que se alega por quien solicita la declaratoria de abusividad o que se presume en el caso de listas grises. v.gr piense en una cláusula penal establecida solo en favor del empresario ante el incumplimiento del deudor-consumidor, pero que no se pactó en favor del otro contratante de manera correlativa o similar, en caso de que se presente un incumplimiento del empresario. En ese evento se estaría ante una cláusula potencialmente abusiva así la misma no esté dentro de los criterios de las listas. Conclusión a la que se llegaría en aplicación de los criterios generales de abusividad la determinar esa cláusula una exclusión de derechos para una de las partes (la débil) y el unilateralismo contractual para la otra (el profesional) al otorgarle ese derecho de exigir la cláusula penal solo a una de las partes y excluírsele a la otra (Raymond, 2015; Sauphanor, 2014).

Además de que el desequilibrio para que la cláusula sea considerada abusiva, sea injustificado el artículo 42 de la Ley 1480 de 2011 exige que el mismo sea además de un cierto tipo y que también tenga cierta magnitud y naturaleza, sin embargo, en la norma en mención, no se especifica en qué consiste ello.

Al respecto, la tendencia foránea sobre la magnitud del desequilibrio y en especial bajo las directrices de la Directiva UE 13/93 reformada por la Directiva UE 83/11 se ha establecido que el desequilibrio debe ser relevante, grave, abultado, enorme, significativo o importante, de manera que con la cláusula se

haga muy gravosa la posición del consumidor. De manera que no se trata de cualquier desequilibrio.

En efecto son típicos casos de cláusulas abusivas por los desequilibrios que causan en la relación contractual, las que le restringen a una de las partes derechos como los de resolución por incumplimiento o a compensar las obligaciones, e incluso si se le limita restringe la responsabilidad que en su favor como consumidor o usuario de un servicio cabría ante el incumplimiento del empresario, incluso ante eventos que impliquen un daño a la salud (Fernández y Gual, 2020), o cuando se limita el ejercicio de sus derechos en un cierto tiempo que a la postre resulta ser muy corto piense en el evento de existir en el contrato un pacto en que se establecen términos de prescripción muy cortos, que los reduzca de tal manera que límite sin mayor justificación el ejercicio de los derechos que el consumidor podría ejercer si no existiera esa cláusula. Sentido que es acorde al texto del artículo 42 de la Ley 1480 de 2011 en el que se considera abusiva por desequilibrante la cláusula que afecta el ejercicio de los derechos del consumidor.

Con respecto a la naturaleza del desequilibrio, el cual también es un criterio expresado en el texto del artículo 42 de la Ley 1480 de 2011, este ha sido objeto de discusión, pues si bien de manera mayoritaria con base en las dos directivas comunitarias antes mencionadas se considera que se debe limitar a un desequilibrio de carácter normativo, es decir, que las obligaciones y deberes de las partes debe ser equilibrado lo que si bien en principio parece acertado, lo cierto es que la norma de derecho interno no lo limita, pareciendo al menos justo o equitativo que el control también se haga sobre los desequilibrios económicos que genere la cláusula del contrato, en cuanto a que un desequilibrio económico a veces puede coincidir con uno normativo y más en un país en donde las normas de equilibrio económico como es la lesión enorme como vicio objetivo no aplica en todos los contratos, sino en los que especifica la ley. Lo cual parece muy sensible en época de crisis económica, piense en el evento en que con una cláusula se establece un precio excesivo lo que a la postre resulta abusivo no obstante la libertad de mercado (Lanzillo, 2003). Sin embargo, desde el punto de vista jurídico no parece haber estándares objetivos que permitan evaluar el carácter adecuado del precio y equilibrado del contrato, ello parece ser muy subjetivo desde el punto de vista económico y por tanto, no se deberá evaluar si ello es justo desde lo jurídico (Pazos, 2017). Aspecto que incluso deja como inquietud si una cláusula que recaiga sobre las obligaciones o elementos esenciales del contrato como es el precio se puede someter al test de control, lo cual no parece ser un límite u obstáculo de manera que se podrá controlar (Cámara, 2006).

Por demás, una cláusula que se somete al test de abusividad puede así resultar no solo por su nominación, sino incluso también por sus efectos. Al respecto llama la atención el caso de una cláusula sobre el objeto del contrato que si bien en principio no se controla salvo que desnaturalice el contrato evento en que sería ilegal, se sometería la test cuando con su efecto o aplicación más que delimitar las obligaciones contractuales lo que con ella se pretenda sea una exoneración o limitación de responsabilidad que correspondería a quien con ella se pretende beneficiar lo que claramente genera un desequilibrio contractual normativo de las prestaciones al violar el principio de la buena fe y la transparencia contractual (Gual, 2013).

De la definición del artículo 42 y de las listas negras del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011 se puede desprender como criterio general de orientación que ilustra al intérprete para considerar una cláusula como abusiva aquel por el cual mediante una cláusula se otorgan derechos unilaterales a una de las partes contractuales y la negación de los mismos a la otra, como podrían ser las cláusulas de *ius variandi* contractual o de interpretación unilateral o de determinación del objeto del contrato o aquellas que establecen cláusulas penales en favor de solo una de las partes sin que la otra tenga derecho a ello.

También es cierto que solo en contratos por adhesión (Ley 1480 de 2011, art. 37, Col.) se considera prohibida la cláusulas de modificación unilateral del contrato (Ley 1480 de 2011, art. 38, Col.) típica extensión de uno de los modelos de cláusulas considerados potencialmente abusivas en la Dir. UE 13/93, mas no si el contrato es negociado, pero igual los controles de abusividad se hacen sobre las cláusulas contractuales con independencia de si este es de adhesión o negociado.

Sin embargo, antes de iniciar el test de control específico y general sobre el contenido de las cláusulas contractuales a fin de determinar su abusividad, se deberá de manera previa verificar y evaluar si se está ante una cláusula contractual como tal (Sicchiero, 2003). Es decir, una cláusula entendida como una manifestación de un pacto de autonomía privada, en que se modifica el régimen legal, de manera que se estaría ante una cláusula en su sentido sustancial y no meramente formal en las que se transcriben normas legales, sobre la cual se ejercería el control. A manera de ilustración piense en las cláusulas que transcriban el régimen de responsabilidad de los límites a la reparación establecidos en el Código de Comercio artículos 1881 y 1886, normas que establecen bajo la ley un límite legal como *plafonds* al resarcimiento dentro del cual se hará la reparación de los perjuicios materiales sobre equipajes e inmateriales sobre los pasajeros, así sean consumidores en materia de transporte aéreo interno, o si lo hace transcribiendo las normas de la convención de Montreal de 1999 a la que Colombia adhirió en 2001 para el transporte aéreo de pasajeros,

con una cifra fija tipo *forfait* como límite o tope objetivo de reparación para las víctimas de 100 mil DEG o depósitos especiales de giro, en donde cada DEG equivale a un Euro como mecanismo de salvaguarda ante las monedas que no son divisas.

Con todo se trata de limitantes legales a la reparación establecidas por el legislador con carácter de orden público al ser una norma protectora de mínimos, como una manifestación del nuevo orden público contractual de protección de débiles (Acosta, 2008) que no permitirían válidamente que alguien pacte límites en cuantía inferior a la de los mínimos legales, tal y como ocurre con las garantías legales mínimas en derecho de consumo (Ley 1480 de 2011, art. 8, Col.).

Con relación a los **aspectos procesales**, la carga de prueba de demostrar el carácter equilibrado de la cláusula a fin de desvirtuar la posible abusividad recae en cabeza de la parte que con ella se pretende beneficiar quien, por lo general, es la parte fuerte o profesional o empresario que la suele preestablecer dentro del contenido de un contrato modelo o estándar por adhesión. Ello será incluso así si es de aquellas que se presumen abusivas dentro de la lista gris de la ley de servicios públicos, Ley 142 de 1994 en ellas regulados. Pero si en cambio es de las cláusulas que aparecen incluidas dentro de listas negras como las que trae la Circular 018 de 2016 de la Superintendencia Financiera de Colombia para contratos de consumo del sector financiero, o de la lista negra de la Ley 1480 de 2011 (art. 43) para contratos de consumo en general estas no admiten prueba en contrario, ya que se consideran abusivas irrefutablemente bajo una presunción de derecho al punto de considerarse ineficaces de pleno derecho esto es como si no existieran.

Por demás, en la práctica judicial los juicios sobre la abusividad contractual de los contenidos contractuales se podrá adelantar ante el juez ordinario tanto en la jurisdicción civil o contenciosa administrativa, arbitral, así como ante la SIC, caso en este último donde además se podrá solicitar una multa contra el sujeto que pretende beneficiarse de la cláusula. La parte que se pretende beneficiar de la cláusula deberá probar que la cláusula, además de cumplir los requisitos de validez como cualquier negocio jurídico, no genera desequilibrios importantes. Mientras que quien pretende anularla deberá excepcionar o demandar demostrando que la cláusula hace parte de aquellos tipos de pactos que están consagradas dentro de las listas en que se presumen como abusivas o si en cambio no están dentro de ellas demostrar que generan un desequilibrio significativo entre las prestaciones de las partes contrario a la buena fe objetiva a fin de que esta se considere como abusiva.

Conclusiones

Con base en todo lo expuesto y para dar respuesta a la pregunta: ¿la normativa interna obstaculiza el régimen de las cláusulas abusivas?, se puede afirmar que este régimen no obstaculiza la libertad contractual que es otorgada a las partes por el principio de la autonomía privada, pues el sistema normativo, si bien reconoce la necesidad de celebrar los contratos mediante la adhesión a condiciones generales, para impulsar la celeridad negocial bajo parámetros de eficiencia económica, al permitirle a las partes disponer los contenidos contractuales de los negocios y en especial, las cláusulas que ellos a bien consideren, les impone un límite de carácter de orden público basado en el principio de la buena fe, representado en que esas cláusulas no pueden generar desequilibrios normativos importantes entre las prestaciones y obligaciones de las partes, pues lo contrario las haría abusivas. Criterio este que deja abierta la posibilidad de que se ejerzan controles, incluso, sobre los contratos con contenidos negociados y sobre sus elementos esenciales.

No obstante, cuando se hacen sobre elementos esenciales se daría lugar a la discusión de un control de equilibrio de los precios que podrían resultar abusivos, lo cual deja en un ámbito subjetivo el control, pero tampoco esto resulta ser ajeno a una justicia en épocas de crisis económica.

Finalmente, se hace alusión a un criterio adicional, no tan amplio como el genérico, que se basa en la noción misma de cláusula abusiva, pero sí bastante orientador, como es el criterio consistente en la existencia de listas de cláusulas consideradas por el legislador o la autoridad de control como abusivas para ciertos contratos, en especial en el derecho de consumo en general o financiero y hasta de servicios públicos. Este criterio también orientará al juez cuando no tenga claridad sobre cuáles se entenderán irrefutablemente como abusivas.

Con todo, se tiene que, no obstante la lucha por establecer criterios de control a las injusticias y la falta de equidad que generan los abusos contractuales, el sistema colombiano solo de reciente logra establecer un control en favor del equilibrio contractual que podría ser extensible a los contratos mercantiles, civiles y estatales, incluso celebrados entre empresas, al menos para aquellos en donde una de las partes se encuentra en posición de dependencia frente a la otra, sin necesidad de que se trate de contratos de consumo, donde la protección resulta ser más contundente.

Todo lo cual no es otra cosa que un desarrollo del moderno derecho de contratos en pro de una sociedad más justa, sin que por ello los límites a la autonomía contractual en el establecimiento de cláusulas no abusivas, bajo criterios de protección de débiles, se pueda considerar un obstáculo, pues ello no

es más que el desarrollo de una sociedad más justa y solidaria bajo parámetros de buena fe .

De esta manera, sin desconocer los criterios de eficiencia contractual, las partes son libres de pactar sus contenido contractuales, pero quedan sometidas al respeto del test de abusividad sobre sus estipulaciones en pro del equilibrio de los contratos y de la justicia contractual.

Referencias

- Acosta , J. y Gual J. (2021). La delimitación de la libertad contractual en virtud de exigencias sociales. *Revista IUSTA*, (55). <https://doi.org/10.15332/25005286.6850>
- Acosta, J. (2008). *El nuevo orden contractual colombiano*. USTA, Bogotá.
- Albiez, K.(2009). *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*. Civitas- Thomson, Navarra.
- Barrientos, F. (2022). *Sistema chileno de cláusulas abusivas, ponencia en el v congreso internacional de derecho privado* [video]. Facebook. Universidad Libre, Bogotá. <https://www.facebook.com/unilibrebogota/videos/1752885241741843/>
- Bricks, H. (1982). *Les Clauses abusives*. Paris. LGDJ.
- Cámara, S. (2006). *El control de las cláusulas “abusivas” sobre elementos esenciales del contrato*. Arazandi, Navarra.
- Corte Constitucional [CC]. 7 de noviembre, 2012, MP: N. Pinilla Pinilla, Sentencia C-909/12, [Col.].
- Corte Suprema de Justicia [CSJ]. Sala civil, 2 de febrero, 2001, MP: C. I. Jaramillo, Sentencia expediente 5670, [Col.].
- Corte Suprema de Justicia [CSJ]. Sala civil, 14 de diciembre, 2011, MP: J. A. Arrubla Paucar, Sentencia 1100131030142001-01489-01, [Col.].
- Corte Suprema de Justicia [CSJ]. Sala civil, 24 de febrero, 2015, MP: J. V. Ruten Ruiz, Sentencia SC-1806/15, [Col.].
- Corte Suprema de Justicia [CSJ]. Sala civil, 09 de febrero, 2018, MP: A. W. Quiroz Monsalvo, Sentencia SC-129/18, [Col.].
- Corte Suprema de Justicia [CSJ]. Sala civil, 15 de febrero, 2018, MP: M. Cabello Blanco, Sentencia SC-170/18, [Col.].
- Corte Suprema de Justicia [CSJ]. Sala civil, 19 de diciembre, 2018, MP: A. Salazar Ramírez, Sentencia SC-5679/18, [Col.].
- Corte Suprema de Justicia [CSJ]. Sala civil, 23 de noviembre, 2020, MP: F. Ternera Barrios, Sentencia SC-4527/20, [Col.].
- Checherini, G. (2016). *Responsabilità per fatto degli ausiliari Clausole di esonero da responsabilità*.
- Decreto 3466 de 1982. Por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones. 2 de diciembre, 1982. (Col.)
- Decreto 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. 16 de junio, 1971. DO núm. 33.339 (Col.).

- Denizot, A. (2021). Responsabilidad civil y robots inteligentes: Entre dudas doctrinales y respuestas técnicas, *Revista Nuevos Desafíos del Derecho*, 1 (1).
<https://doi.org/10.15765/ndd.v1i1.1768>
- Echeverry, D. (2021). La Constitucionalización del Derecho Privado. *Revista Nuevos Desafíos del Derecho*, 1 (1). <https://doi.org/10.15765/ndd.v1i1.1767>
- Fernández, M.. (2021). La ampliación del concepto tradicional de wrongful conception en el campo de la responsabilidad médica en Colombia. *Revista IUSTA*, (54).
<https://doi.org/10.15332/25005286.6550>
- Fernández, M. y Gual, J. (2022). La protección del derecho a la salud desde la dimensión del sistema de responsabilidad medica en Derecho sanitario, José Gual – Misael Tirado (Dir.) ,Bogotá, Ibáñez, 59- 78.
- Fernandez, M. Gual, J. Denizot, A. Villalba J. (2023). La cláusula de salvaguarda en los acuerdos de reorganización empresarial: Análisis desde el control de abusividad, *Revista VIEL*, (18) (2) 247-269 DOI: <https://doi.org/10.15332/19090528.9742>
- Ghestin J. – Machessaux I.,(1991) Les techniques délimitation des clauses abusives en Europe, en AA VV Les clauses abusives dans les contrats types en France et Europe, *Paris LGDJ*, 3-107.
- Gual, J. (2009). El control sobre las cláusulas abusivas un régimen en evolución. *Revista IUSTA*, 30, 15-44.
- Gual, J. (2013). Perspectivas globalizadas sobre el control de las cláusulas abusivas en Derecho del consumo, José Gual – Juan Villalba (dir.) Ibáñez, Bogotá, 327-357
- Gual, J. (2015). *Cláusulas de irresponsabilidad*. Universidad católica, Bogotá.
<https://repository.ucatolica.edu.co/server/api/core/bitstreams/360d1fb8-a7e6-4e0f-a0a7-34d9af9cc884/content>
- Gual, J. (2016). Las cláusulas abusivas evolución hacia una noción. *Rev. Verba Iuris*, 11 (36), 113-134.
<file:///Users/josegual/Downloads/Cl%C3%A1usula+abusiva,+consumidor,+contrato+asim%C3%A9trico,+listas+negra+y+gris,+equilibrio+y+transparencia,+buena+fe.pdf>
- Gual, J. . (2022). Cláusulas de modificación unilateral de los contratos: entre necesidad y abusividad. *Revista Nuevos Desafíos del Derecho*.
[file:///C:/Users/HP/Downloads/admin,+9%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/HP/Downloads/admin,+9%20(3).pdf)
- Gual, J., Fernández, M. y Acosta, J. (2023). Cláusulas de modificación contractual: una alternativa para el equilibrio de los contratos a largo plazo. *Novum Jus*, 17 (2), 329-352.
<https://doi.org/10.14718/NovumJus.2023.17.2.13>
- Helleringer, G., (2012) Les clauses du contrat essai de typologie, LGDJ, Paris.
- Kerhuel, A. J. (2011). Clauses de divisibilité et d'indivisibilité en Les principales clauses des contrats d'affaires, J. Mestre – J Roda (Dir.) Lextenso, Paris, 271-278.
- Lanzillo, R. (2003). La proporzione fra le prestazioni contrattuali, Cedam, Padova.
- Ley 8078 de 1990. Prevé la protección del consumidor y otras medidas. 11 de septiembre, 1990. (Bra.).
- Ley 24240 de 1993. Normas de Protección y Defensa los Consumidores. 22 de septiembre, 1993. (Arg.).
- Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. 28 de octubre, 1993. DO núm. 41.094 (Col.).
- Ley 142 de 1994. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. 11 de julio, 1994. DO núm. 41.433 (Col.).

- Ley 19496 de 1997. Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. 7 de marzo, 1997. (Chl.).
- Ley 1328 de 2009. Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones. 15 de julio, 2009. DO núm. 47.411 (Col.).
- Ley 1369 de 2009. Por medio de la cual se establece el régimen de los servicios postales y se dictan otras disposiciones. 30 de diciembre, 2009. DO núm. 47.578 (Col.).
- Ley 29571 de 2010. Código de protección y defensa del consumidor. 2 de septiembre, 2010. (Per.).
- Ley 1480 de 2011. Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. 12 de octubre, 2011. DO núm. 48.220 (Col.).
- Ley 26994 de 2014. Código Civil y Comercial de la nación. 7 de octubre, 2014. (Arg.).
- Momber, R. (2014) Las cláusulas de modificación unilateral en los contratos de consumo, en Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas, Barrientos F, (Coord.) Ed Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 173-190.
- Moreno, L. (2019). *Las cláusulas abusivas*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Pazos, R. (2017) *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con los consumidores*, Arazandi- Thomson Reuters, Navarra.
- Pérez, A. (2013). Cláusula abusivas y su regulación a la luz de la Ley 1480 de 2011 ¿compatibilidad o dicotomía? *Rev. Prolegómenos*, XVI (32), 159-174.
<https://www.redalyc.org/pdf/876/87629921010.pdf>
- Resolución 3038 de 2011. Por la cual se expide el Régimen de Protección de los Derechos de los Usuarios de los Servicios Postales. 4 de abril, 2011. (Col.).
- Resolución 5111 de 2017. Por la cual se establece el Régimen de Protección de los Derechos de los Usuarios de Servicios de Comunicaciones, se modifica el Capítulo 1 del Título II de la Resolución CRC 5050 de 2016 y se dictan otras disposiciones. 24 de febrero, 2017. DO núm. 50.157 (Col.).
- Rodríguez, C. (2024). *Una aproximación a las cláusulas abusivas*. Rosario, Bogotá.
- Roppo, V. (2005). *El contrato del dos mil*. Universidad Externado, Bogotá.
- Rusconi, D. (2022). *Régimen de cláusulas abusivas, ponencia en el V congreso internacional de derecho privado Universidad Libre* [video]. Facebook.
<https://www.facebook.com/unilibrebogota/videos/1752885241741843/>
- Serra, A. (2002). *Cláusulas abusivas en la contratación*, Arazandi – Thomson, Navarra.
- Sicchiero, G. (2003). *La clausola contrattuale*, Cedam, Padova.
- Villalva, J. y Fernández, M. (2020). Los principios del derecho de los contratos su expresión en el derecho de la protección al consumidor, en Los principios del derecho contractual y su extensión al derecho de consumo, Gual J, (Dir.) Ibáñez, Bogotá, 17-48.