

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

“Cláusulas abusivas y el ejercicio de la posición dominante en las relaciones jurídicas entre comerciantes, en observancia al régimen general establecido en la sentencia del 14 de diciembre de 2011 de la Corte Suprema de Justicia del Magistrado Jaime Arrubla Paucar.”



MONOGRAFÍA JURÍDICA

**Presentado para optar al título de
ESPECIALISTA EN DERECHO COMERCIAL**

Presentada por:

**MARÍA FERNANDA DÍAZ CHACÓN
CATALINA SIERRA DURÁN**

**Director
DR. CAMILO GÓMEZ**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
BOGOTÁ D.C., COLOMBIA
2016**

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de grado. Solo velara que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y porque los trabajos de grado no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellos el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

*Artículo 23 de la Resolución N° 13 de Julio de 1946
Pontificia Universidad Javeriana*

I	3	
		INTRODUCCIÓN..... 3
II	5	
		2. DEFINICIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS..... 5
		2.1. La autonomía negocial de los particulares y la libertad contractual 6
		2.2. Abuso de la posición dominante..... 8
		2.3. Buena fe contractual..... 9
		2.4. Consecuencia Jurídica de una cláusula abusiva. 11
III	14	
		REGÍMENES EXISTENTES EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA ACTUAL
		RELATIVA A CLÁUSULAS ABUSIVAS..... 14
		3.1. Cláusulas abusivas en el Estatuto de Protección al Consumidor. 14
		3.2. Cláusulas abusivas en el Sector Financiero. 18
		3.3. Cláusulas abusivas en contratos de servicios públicos domiciliarios..... 22
		3.4. Criterios comunes que se presentan en los diferentes regímenes:..... 28
IV	30	
		PROPUESTA DE LOS CRITERIOS OBJETIVOS QUE PERMITAN IDENTIFICAR LA
		PRESENCIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LAS RELACIONES JURÍDICAS ENTRE
		COMERCIANTES CUANDO AQUELLAS NO SE SUBSUMAN EN NINGUNO DE LOS
		REGÍMENES ANTERIORES. 30
V	36	
		CONCLUSIONES..... 36
VI	39	
		BIBLIOGRAFÍA..... 39

I

INTRODUCCIÓN

La presente investigación hará referencia a las cláusulas abusivas y el ejercicio de la posición dominante entre comerciantes en observancia al régimen general propuesto por el Dr. Jaime Arrubla en sentencia de 14 de diciembre de 2011, de la Corte Suprema de Justicia. En esta se entendió que el régimen entre comerciantes no se encuentra reglado y que estos deberán atenerse a lo establecido en los contratos (Artículo 1602 Código Civil), en los que generalmente la parte que ejerce la posición dominante impone el clausulado contractual, mientras que la otra no tiene opción alguna de realizar negociaciones sobre dicho texto y su única decisión es de adhesión al negocio jurídico que se pretenda celebrar.

Al ser las dos partes comerciantes, no existe régimen jurídico alguno en nuestra normatividad que de alcance a la regulación jurídica referente a límites que debe tener quien ejerce la posición dominante, lo anterior a diferencia de lo que se evidencia en el sector financiero, del consumidor y de servicios públicos; en los que la ley de manera taxativa ha establecido una lista donde se tipifican de manera clara las conductas y se establecen límites claros y precisos para quien ejerza la posición dominante contractual.

Teniendo en cuenta la evolución de las prácticas comerciales, en el presente trabajo se aspira brindar unos criterios objetivos que permitan establecer cuando una cláusula puede ser considerada como cláusula abusiva y cuando se está abusando de la posición dominante bajo el marco establecido por la jurisprudencia nacional. Lo anterior con el fin de que las relaciones jurídicas que no se subsumen en ninguna de los regímenes especiales establecidos

puedan acudir a unos requisitos concretos definidos que les permita regular en forma satisfactoria las cláusulas que se tornen dañosas y que vayan en detrimento del interés de una de las partes en el contrato.

Para efectos del presente estudio y en armonía con la sentencia de 14 de diciembre de 2011 de la Corte Suprema de Justicia, entiéndase como posición dominante en la hegemonía que puede ejercer una de las partes en la configuración del contenido contractual.

II

2. DEFINICIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS.

Las cláusulas abusivas constituyen una manifestación del abuso de derecho en el ámbito del derecho contractual. Para que una cláusula sea considerada abusiva se requiere que: (i) la negociación que llevó a su estipulación no haya sido individual; (ii) que lesione la buena fe objetiva negocial y; (iii) que genere un desequilibrio significativo de los derechos y las obligaciones que contraen las partes en virtud de un contrato.¹

Este tipo de cláusulas han sido desarrolladas ampliamente legal y doctrinalmente en el derecho comparado, pero, en el derecho colombiano el desarrollo que se ha dado a las mismas para ciertos ámbitos de la contratación ha sido escasa. Las cláusulas abusivas han sido tratadas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia partiendo del principio general reconocido constitucionalmente de la prohibición del abuso del derecho, buscando con ello proteger a la parte contratante débil que resulta ser afectada con su estipulación.

La jurisprudencia arbitral colombiana reconoce que las cláusulas abusivas son *“aquellas que establecen, sin explicación seria, proporción ni razonabilidad, ventajas o prerrogativas excesivas para el predisponente o cargas, obligaciones o gravámenes injustificados para el adherente, todo ello en detrimento del principio de celebración y ejecución de buena fe contractual y del normal y razonable equilibrio contractual”*²

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 30 de enero de 2001, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.

² COLOMBIA. CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Laudo 23 de febrero de 2007. PUNTO CELULAR LTDA vs COMCEL S.A. Árbitros David Luna Bisbal, Sergio Muñoz Laverde y Pedro Nel Escorcía Castillo.

El contrato como expresión de la autonomía privada de los contratantes, puede contener ciertas cláusulas que desconozcan notoriamente los intereses de alguna de las partes. Es por ello, que el Estado debe controlar la estipulación de las mismas, limitando así la autonomía de la voluntad negocial de los contratantes.

2.1. La autonomía negocial de los particulares y la libertad contractual

Se conoce como autonomía negocial y libertad contractual aquella facultad de los particulares para autorregular su vida negocial. La facultad anterior da capacidad a los contratantes de decidir contratar o no hacerlo dependiendo de las situaciones que rodean la negociación, escoger la persona con la que se contrata, definir el contenido del negocio y la configuración interna del contrato, como por ejemplo, definir sus elementos accidentales.³

La autonomía negocial y la libertad contractual son principios que se encuentran reconocidos por la Constitución Política Colombiana.⁴ De igual manera, resulta claro que tal autonomía de la voluntad particular no puede ir en contravía de los derechos fundamentales, el orden público y las buenas costumbres y, no puede ejercitarse de manera abusiva.⁵

En la actualidad, la ley no puede limitarse y proteger únicamente la igualdad formal de los contratantes ni la presunta libertad contractual de los particulares al momento de celebrar un contrato, pues la connotación de estos principios ha variado en el tiempo y ya no satisfacen las

³ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de octubre de 1994. MP: Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

⁴ Artículos 1, 2, 14, 16, 38, y 333 de la Constitución Política de Colombia.

⁵ Artículo 95 numeral 1 de la Constitución Política de Colombia.

aspiraciones de justicia material y equilibrio económico en las relaciones contractuales modernas.

El Código Civil en su artículo 1602 establece que:

"LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales."

Según lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Constitucional conforme a las normas del Código Civil, la autonomía de la voluntad privada en las relaciones contractuales modernas se manifiesta: (i) en la existencia de libertad contractual que se encuentra sujeta a ciertos límites; (ii) en perseguir no solo el interés particular sino también el interés público o bienestar común; (iii) la intervención del Estado para controlar los efectos jurídicos de abuso del derecho y; (iv) en el papel del juez consiste en velar por la efectiva protección de los derechos de las partes, sin atender exclusivamente la intención de los contratantes.⁶

En conclusión, el alcance de los conceptos de autonomía de la voluntad y de la libertad negocial de los particulares ha cambiado a lo largo del tiempo. En la actualidad, dado que el contexto que envuelve la vinculación contractual entre particulares es más amplio, generando un mayor desequilibrio entre las prestaciones a las cuales se obligan las partes, estos principios y el principio en virtud del cual el contrato es ley para las partes, se han visto restringidos o limitados a ciertos derechos que resultan ser preponderantes.

⁶ (Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-186 de 2011.)

En la contratación moderna la autonomía de la voluntad privada ya no es ilimitada, pues la misma se circunscribe a ciertas prerrogativas que han sido definidas para ciertos ámbitos de contratación con el fin de proteger a quienes en virtud de un abuso resultan perjudicados. Ahora, el Estado tiene la obligación de intervenir en las relaciones contractuales para corregir o subsanar el desequilibrio injustificado que se encuentra en el contenido contractual.

2.2. Abuso de la posición dominante

La jurisprudencia arbitral ha dicho que la posición dominante contractual *“se refiere a la posibilidad que tiene una persona por razones de superioridad originadas en causas de variada índole, de dictar o fijar los contenidos contractuales en un negocio concreto y específico.”*⁷

La posición de dominio contractual se presenta cuando en la suscripción de un contrato, una de las partes no tiene oportunidad de negociar su contenido, otorgando así una posición ventajosa a la otra parte contratante, este es el caso de los llamados contratos de adhesión. La posición de dominio se vuelve abusiva, cuando alguna de las cláusulas pactadas en el contrato son aplicadas en desmedro de la parte débil de la relación contractual.⁸

El no abusar cuando se tiene el poder de configurar un contrato puede ser entendido como un límite a la autonomía privada y el mencionado artículo 1602 del Código Civil. La parte que establece las condiciones del contrato no puede estipular condiciones que le resulten

⁷ COLOMBIA. CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTA. Laudo 23 de febrero de 2007. PUNTO CELULAR LTDA vs COMCEL S.A. Arbitros David Luna Bisbal, Sergio Muñoz Laverde y Pedro Nel Escorcía Castillo.

⁸ RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Del Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante. Universidad Externado de Colombia. Segunda edición. 2004.

beneficiosas, sino que está obligado a establecer, según un criterio equitativo, una regulación en la cual ambas partes resulten beneficiadas.

En conclusión, es claro que la aplicación del principio establecido en el artículo 1602 del Código Civil (el contrato es ley para las partes) no es absoluta. Hoy en día se pretende regular la libre negociación del contrato con el fin de que ambas partes tengan participación en la definición de las cláusulas de un contrato y así evitar que en los negocios jurídicos una de las partes tenga la calidad de dominante y abuse de dicha posición estableciendo cargas excesivas a la otra parte.

2.3. Buena fe contractual

El principio de la buena fe contractual obliga a las partes a obrar correctamente durante todas las etapas del contrato y a actuar con lealtad y transparencia para asegurar la satisfacción no solo de los intereses de una de las partes sino también los del otro contratante. La buena fe contractual, constituye un elemento determinante no solo en la celebración de los contratos sino en todas sus etapas.

El artículo 1603 del Código Civil la define así:

"EJECUCIÓN DE BUENA FE. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella."

Por otro lado, los artículos 863 y 871 del Código de Comercio establecen respectivamente que:

"BUENA FE EN EL PERIODO PRECONTRACTUAL. Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen."

"PRINCIPIO DE BUENA FE. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural."

Según los artículos anteriores, la buena fe en la ejecución de los contratos obliga a las partes a guiarse no solo por el contenido de las obligaciones que se encuentran en los contratos, sino de todas aquellas actuaciones que puedan emanar del mismo. De igual forma, el Código de Comercio establece que las partes deben actuar de buena fe, antes y durante la ejecución de los contratos y en esta última etapa no solamente obliga a los contratantes a respetar lo expresamente pactado, sino a todo aquello que se derive del mismo.

Respecto a lo establecido en el Código de Comercio, la Corte Suprema de Justicia dijo que:

"Quiere decir lo anterior que para evaluar si un sujeto determinado actuó o no de buena fe, resulta imperativo examinar, en cada una de las precitadas fases, la

*conducta por él desplegada, pero de manera integral, o sea en conjunto, dado que es posible que su comportamiento primigenio, en estrictez, se ciña a los cánones del principio rector en cita y ulteriormente varíe, en forma apreciable y hasta sorpresiva, generándose así su inequívoco rompimiento. De allí que la buena fe no se pueda fragmentar, en orden a circunscribirla tan sólo a un segmento o aparte de una fase."*⁹

Así, es claro que las cláusulas abusivas y el ejercicio abusivo de la posición dominante son contrarias al principio de la buena fe y, se ha establecido que este principio impone a una parte actuar durante todas las etapas del contrato respetando los derechos e intereses de la otra parte. Por lo anterior, debe elaborarse un contenido contractual justo, que permita a la parte "débil" ejercer sus derechos y satisfacer sus intereses.

2.4. Consecuencia Jurídica de una cláusula abusiva.

Teniendo en cuenta que una cláusula abusiva va en contra del principio de la buena fe en la medida en que involucra un desequilibrio entre las obligaciones y beneficios que adquieren las partes en virtud de la celebración de un contrato, el Estado debe controlar la implementación de las mismas, lo cual implica a su vez una intervención en la autonomía de la voluntad privada de los contratantes.

El primer control que se puede dar a las cláusulas abusivas es entre las partes, es decir, cuando a través de la autonomía de la voluntad cada una de las partes revisa y toma la determinación de no aceptar la inclusión de una o de varias cláusulas dentro del contrato por

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 2 de febrero de 2001, Ref. Expediente 5670, M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

considerarla en contra de sus intereses. Además, existe también un control administrativo, legislativo o judicial.

El control administrativo se realiza de forma previa cuando a las entidades estatales se les confiere autoridad para vigilar determinadas actividades que se consideran de gran trascendencia, como en el caso colombiano lo son las actividades financiera, de mercado o la de servicios públicos domiciliarios. También se realiza el control posterior, cuando dichas entidades tienen facultades sancionatorias con respecto a aquellos contratantes que predispongan cláusulas abusivas en sus relaciones contractuales.

Por otro lado, el control legislativo es previo ya que por medio de la ley define listados de cláusulas negras que enuncian determinados tipos de cláusulas o comportamientos que se consideran abusivos, los cuales en caso de presentarse, el juez deberá declarar nulos, inexistentes, ineficaces dependiendo de la sanción que se haya previsto. El control judicial es entonces posterior en la medida en que se basa en lo establecido previamente por el legislador.

Teniendo en cuenta que en Colombia la regulación de las cláusulas abusivas se encuentra de manera dispersa, no existe una sanción única a aplicar ante la presencia de una cláusula abusiva. Una posibilidad para establecer una sanción, es darle un mayor alcance a las normas de interpretación de los contratos ya establecidas en la ley, como aquella consagrada en el artículo 1624 del Código Civil, la cual dice:

"INTERPRETACIÓN A FAVOR DEL DEUDOR. No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor.

Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella."

Se busca con la estipulación anterior que se haga extensivo de tal manera que cobije no solo las cláusulas ambiguas sino también aquellas cláusulas que, siendo claras son abusivas, para darles una interpretación a favor del adherente.

Además, se puede tener en cuenta el artículo 1535 del Código Civil, que sostiene que: *"son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga"*, el cual, junto con el artículo 1522 que establece que *"la condonación del dolo futuro no vale"*, permite al juez declarar como abusivas aquellas disposiciones contractuales exoneran de responsabilidad a la parte que redactó el contrato.

Teniendo en cuenta la regulación dispersa del ordenamiento colombiano en relación a las cláusulas abusivas, lo primero que debe hacer el juez para establecer una sanción, es ver si la norma prevé una sanción específica y, en tal caso, aplicarla. Si por el contrario, el supuesto no está reglamentado de manera expresa, se tendrá que aplicar otra sanción que puede ser la inexistencia, la ineficacia o la nulidad, dependiendo de las razones que se presenten en el caso concreto que determinen su carácter de abusiva.

En caso de que una de las partes no haya conocido y aceptado la cláusula, el juez podría eliminar su aplicación en un caso determinado decretando la inexistencia. Cuando el juez considere que la cláusula va en contra del principio de la buena fe y por ello es contraria al orden público por disposición legal, podrá declararla nula y en ciertos eventos podrá declararla ineficaz.

III REGÍMENES EXISTENTES EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA ACTUAL RELATIVA A CLÁUSULAS ABUSIVAS.

En Colombia, la rama legislativa ha expedido diferentes regímenes de cláusulas abusivas; los cuales presentan características de listas negras, en las que de manera taxativa, sin que se dé espacio a la interpretación se define de manera expresa la conducta, sin que se dé lugar a la interpretación de las partes, de igual forma se contemplan sistemas meramente enunciativos, en los que de manera amplia se dan criterios de razonabilidad en los que se define cuales son aquellos aspectos a tener en cuenta, con el fin de saber si se configura una de estas conductas.

A continuación se procederá a estudiar aquellos regímenes establecidos por el legislador, en los que se definen cuales serán aquellas conductas que constituyen una cláusula abusiva y sus diferentes consecuencias, dependiendo del régimen.

3.1. Cláusulas abusivas en el Estatuto de Protección al Consumidor.

El capítulo tercero (III), del Estatuto del Consumidor, consagrado en la ley 1480 de 2011 establece todo aquello relativo a las cláusulas abusivas, teniendo como definición de estas:

“ARTÍCULO 42. 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 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”

En tal sentido, la definición consagrada por el artículo deja abierta la posibilidad de interpretación dependiendo la situación particular de la transacción; en todo caso, el Estatuto del Consumidor hace referencia algunos de los efectos en los eventos en los que se contemplan cláusulas abusivas, para lo que se define en artículo el 44 *“ARTÍCULO 44. EFECTOS DE LA NULIDAD O DE LA INEFICACIA. La nulidad o ineficacia de una cláusula no afectará la totalidad del contrato, en la medida en que este pueda subsistir sin las cláusulas nulas o ineficaces.”* No obstante la recién mencionada norma no da el alcance de cuál será el efecto de la ineficacia a la cual refieren los artículos precedentes, confundiendo las figuras de nulidad e ineficacia; sin embargo para efectos de nuestro estudio y de conformidad con los postulados normativos lo que se producirá será la ineficacia, a la cual se procederá a realizar ciertas menciones referentes a su alcance y efectos jurídicos; de

conformidad con lo establecido en el artículo 897 del Código de Comercio corresponde a “*Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.*”, en ese sentido la doctrina ha definido la ineficacia “*(...)La fórmula pro non scripta o ineficacia de pleno derecho es entonces una sanción in limine con el que el ordenamiento castiga los actos que violan sus normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres, y consiste en que en los expresos casos señalados en la ley, la específica cláusula o pacto transgresor, y únicamente éste, se borra de pleno derecho de la realidad jurídica y se tiene como si no se hubiera realizado (...).*”¹⁰ En conclusión, la interpretación que se le da a la ineficacia de pleno derecho, corresponde a que se entenderá que no se contempla entre las partes el alcance de la cláusula, es decir está se dejará como si no se hubiere escrito.

Empero que el artículo definitorio deja la posibilidad de interpretación de una cláusula abusiva, dependiendo de la transacción realizada entre las partes, el artículo 43 “Cláusulas Abusivas e Ineficaces de Pleno Derecho” de manera taxativa define un sistema de lista negra, en el cual enuncia aquellas cláusulas que sin tener en cuenta la negociación de las partes serán ineficaces de pleno derecho “*ARTÍCULO 43. CLÁUSULAS ABUSIVAS INEFICACES DE PLENO DERECHO. Son ineficaces de pleno derecho las cláusulas que:*

- 1. Limiten la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley les corresponden;*
- 2. Impliquen renuncia de los derechos del consumidor que por ley les corresponden;*
- 3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;*

¹⁰ (Alarcón Rojas, 2011)

4. *Trasladen al consumidor o un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad del productor o proveedor;*
5. *Establezcan que el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado;*
6. *Vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumpla sus obligaciones;*
7. *Concedan al productor o proveedor la facultad de determinar unilateralmente si el objeto y la ejecución del contrato se ajusta a lo estipulado en el mismo;*
8. *Impidan al consumidor resolver el contrato en caso que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor, salvo en el caso del arrendamiento financiero;*
9. *Presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo;*
10. *Incluyan el pago de intereses no autorizados legalmente, sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal.*
11. *Para la terminación del contrato impongan al consumidor mayores requisitos a los solicitados al momento de la celebración del mismo, o que impongan mayores cargas a las legalmente establecidas cuando estas existan;*
12. *<Numeral derogado por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012. Entra a regir a partir del 12 de octubre de 2012>*

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

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

En virtud de las situaciones de hecho ya definidas de manera taxativa por el legislador, el artículo 43, consagra aquellas cláusulas que de manera concreta, sin que se tenga en cuenta la negociación establecida por las partes corresponderán a situaciones de hecho que serán abusivas e ineficaces, no obstante el capítulo III de la ley 1480 de 2011, deja abierto el esquema de contemplar un régimen enunciativo y un régimen preciso de lista negra; por lo que ponemos de presente que el Estatuto del Consumidor consagra un régimen mixto en el que se pueden configurar de manera concomitante una figura de cláusula abusiva dependiendo del contenido de la transacción entre las partes y está deberá ser estudiada e interpretada para que sean definidos sus efectos, a diferencia de lo establecido en el artículo 43, en el que se enuncian todos los eventos que corresponden a una cláusula abusiva.

3.2. Cláusulas abusivas en el Sector Financiero.

La ley 1328 de 2009, establece el Régimen de Protección al Consumidor Financiero, en el que legislador introdujo en el capítulo V, un acápite referente aquellas cláusulas y prácticas

abusivas, para efectos del presente haremos un estudio al alcance de las practicas pues éstas pueden llegar a tener alcance en la transacción que realice el consumidor financiero, por lo que se pueden llegar a ver reflejadas en la relación contractual, generando una situación de desventaja, de conformidad con la definición antes establecida de cláusula abusiva. El artículo 11 de la mencionada ley establece:

“ARTÍCULO 11. PROHIBICIÓN DE UTILIZACIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS. Se prohíbe las cláusulas o estipulaciones contractuales que se incorporen en los contratos de adhesión que:

a) Prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros.

b) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero.

c) Incluyan espacios en blanco, siempre que su diligenciamiento no esté autorizado detalladamente en una carta de instrucciones.

d) Cualquiera otra que limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero.

e) Las demás que establezca de manera previa y general la Superintendencia Financiera de Colombia.

PARÁGRAFO. Cualquier estipulación o utilización de cláusulas abusivas en un contrato se entenderá por no escrita o sin efectos para el consumidor financiero.”

La norma precedente menciona de manera inequívoca los efectos que se tendrán frente al consumidor financiero, en ese sentido el consumidor podrá abstenerse de actuar en los eventos que se configuren situaciones de hecho establecidas por el legislador en los literales a,b,c, y d haciendo del presente régimen un sistema evidente de lista negra, en donde se mencionan las contextos de manera taxativa. No obstante el literal e, reitera la premisa de lista negra, en el que los eventos deben ser descritos de manera concreta, sin embargo tal facultad de definir premisas que configuren conductas abusivas en los contratos de adhesión se cede a la Superintendencia Financiera, extendiendo las facultades de dicha entidad, la cual pertenece a la rama ejecutiva, de tal manera que se le otorgan funciones inherentes del legislativo extendiendo su competencia. A pesar de la crítica de extensión de facultades a la Súperintendencia Financiera ya expuesta, dicho artículo fue objeto de revisión de la Corte Constitucional de Colombia, la cual mediante sentencia C-909 de 2012, Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla declaró su exequibilidad en el entendido “(...)En consecuencia, se procederá a declarar exequibles el segmento acusado del literal d) del artículo 2° y los literales e) del artículo 11 y d) del artículo 12 de la Ley 1328 de 2009, pues la consagración y la regulación allí referidas, encomendadas a la Superintendencia Financiera de Colombia, obedece claramente a los lineamientos constitucionales de la obligatoria intervención del Estado en la economía.(...), sin embargo se continua con la crítica a la extensiones de facultades a la Superintendencia Financiera de Colombia, pues el imperio de establecer cláusulas abusivas en un régimen, si lo que se quiere es un sistema de lista negra en donde sean concretas e inequívocas las premisas de la norma, esto debe corresponder de manera exclusiva al legislador, y este no debe delegar su facultad a entidades pertenecientes al sector ejecutivo.

En referencia a las prácticas, es de poner de presente que se hace alcance a estas en el entendido que pueden llegar a tener efectos e impacto en el esquema contractual definido por las partes, por lo que se cita artículo 12 del régimen de protección al consumidor financiero.

“ARTÍCULO 12. PRÁCTICAS ABUSIVAS. Se consideran prácticas abusivas por parte de las entidades vigiladas las siguientes:

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

b) El iniciar o renovar un servicio sin solicitud o autorización expresa del consumidor.

c) La inversión de la carga de la prueba en caso de fraudes en contra de consumidor financiero.

d) Las demás que establezca de manera previa y general la Superintendencia Financiera de Colombia.

PARÁGRAFO. Las prácticas abusivas están prohibidas a partir de la entrada en vigencia de la presente norma y serán sancionables conforme lo dispone la Superintendencia Financiera de Colombia y la ley.”

En el presente hacemos mención a las prácticas, pues en la experiencia se puede demostrar que éstas pueden llegar a ser plasmadas contractualmente, y de igual forma se encuentran prohibidas mediante un sistema de lista negra; no obstante los efectos de dichas prácticas no generan ineficacia de pleno derecho a diferencia de las mencionadas precedentemente, la ejecución de estas supone sanciones a la entidad financiera, por lo que se podría llegar a interpretar que éstas en principio serán válidas entre las partes en el evento que se encuentren consagradas en la negociación de las partes, hasta la declaración de autoridad competente.

3.3. Cláusulas abusivas en contratos de servicios públicos domiciliarios.

El régimen de los servicios públicos domiciliarios es consagrado en la ley 142 de 1994, en el que su artículo 133, establece una serie de presunciones de hecho mediante ciertas premisas fácticas, en la que si se llegaren a configurar existiría abuso de la posición dominante

“ARTÍCULO 133. ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE. Se presume que hay abuso de la posición dominante de la empresa de servicios públicos, en los contratos a los que se refiere este libro, en las siguientes cláusulas:

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

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

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

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

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

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

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

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

133.9. *Las que sujetan a término o a condición no previsto en la ley el uso de los recursos o de las acciones que tiene el suscriptor o usuario; o le permiten a la empresa hacer oponibles al suscriptor o usuario ciertas excepciones que, de otra forma, le serían inoponibles; o impiden al suscriptor o usuario utilizar remedios judiciales que la ley pondría a su alcance;*

133.10. *Las que confieren a la empresa mayores atribuciones que al suscriptor o usuario en el evento de que sea preciso someter a decisiones arbitrales o de amigables compondores las controversias que surjan entre ellos;*

133.11. *Las que confieren a la empresa la facultad de elegir el lugar en el que el arbitramento o la amigable composición han de tener lugar, o escoger el factor territorial que ha de determinar la competencia del juez que conozca de las controversias;*

133.12. *Las que confieren a la empresa plazos excesivamente largos o insuficientemente determinados para el cumplimiento de una de sus obligaciones, o para la aceptación de una oferta;*

133.13. *Las que confieren a la empresa la facultad de modificar sus obligaciones cuando los motivos para ello sólo tienen en cuenta los intereses de la empresa;*

133.14. *Las que presumen cualquier manifestación de voluntad en el suscriptor o usuario, a no ser que:*

a) Se dé al suscriptor o usuario un plazo prudencial para manifestarse en forma explícita,

b) Se imponga a la empresa la obligación de hacer saber al suscriptor o usuario el significado que se atribuiría a su silencio, cuando comience el plazo aludido;

133.15. Las que permiten presumir que la empresa ha realizado un acto que la ley o el contrato consideren indispensable para determinar el alcance o la exigibilidad de las obligaciones y derechos del suscriptor o usuario; y las que la eximan de realizar tal acto; salvo en cuanto esta Ley autorice lo contrario;

133.16. Las que permiten a la empresa, en el evento de terminación anticipada del contrato por parte del suscriptor o usuario, exigir a éste:

a) Una compensación excesivamente alta por el uso de una cosa o de un derecho recibido en desarrollo del contrato, o

b) Una compensación excesivamente alta por los gastos realizados por la empresa para adelantar el contrato; o

c) Que asuma la carga de la prueba respecto al monto real de los daños que ha podido sufrir la empresa, si la compensación pactada resulta excesiva;

133.17. Las que limitan el derecho del suscriptor o usuario a pedir la resolución del contrato, o perjuicios, en caso de incumplimiento total o parcial de la empresa;

133.18. Las que limiten la obligación de la empresa a hacer efectivas las garantías de la calidad de sus servicios y de los bienes que entrega; y las que trasladan al suscriptor o usuario una parte cualquiera de los costos y gastos necesarios para hacer efectiva esa garantía; y las que limitan el plazo previsto en la ley para que el

suscriptor o usuario ponga de presente los vicios ocultos de los bienes y servicios que recibe;

133.19. Las que obligan al suscriptor o usuario a continuar con el contrato por mas <sic> de dos años, o por un plazo superior al que autoricen las comisiones por vía general para los contratos con grandes suscriptores o usuarios; pero se permiten los contratos por término indefinido.

133.20. Las que suponen que las renovaciones tácitas del contrato se extienden por periodos superiores a un año;

133.21. Las que obligan al suscriptor o usuario a dar preaviso superior a dos meses para la terminación del contrato, salvo que haya permiso expreso de la comisión;

133.22. Las que obligan al suscriptor o usuario a aceptar por anticipado la cesión que la empresa haga del contrato, a no ser que en el contrato se identifique al cesionario o que se reconozca al cedido la facultad de terminar el contrato;

133.23. Las que obliguen al suscriptor o usuario a adoptar formalidades poco usuales o injustificadas para cumplir los actos que le corresponden respecto de la empresa o de terceros;

133.24. Las que limitan el derecho de retención que corresponda al suscriptor o usuario, derivado de la relación contractual;

133.25. Las que impidan al suscriptor o usuario compensar el valor de las obligaciones claras y actualmente exigibles que posea contra la empresa;

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

La presunción de abuso de la posición dominante puede desvirtuarse si se establece que las cláusulas ahudidas, al considerarse en el conjunto del contrato, se encuentran equilibradas con obligaciones especiales que asume la empresa. La presunción se desvirtuará, además, en aquellos casos en que se requiera permiso expreso de la comisión para contratar una de las cláusulas a las que este artículo se refiere, y ésta lo haya dado.

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

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

La norma aquí citada, establece aquellas maneras por las cuales se podrá desvirtuar la situación consolidada de conformidad con los numerales precedentes, teniendo como aquellas premisas constitutivas de la situación fáctica como premisas de hecho las cuales admiten prueba en contrario, en la que la misma norma menciona cual será la forma de desvirtuar; en conclusión el art 133 de la ley 142 de 1994, no establece de manera taxativa unas conductas materializadas en cláusulas que sean definidas como abuso de la posición dominante de acuerdo a los postulados normativos; por lo que se podrá entender que esta no constituye una lista negra a diferencia de los regímenes anteriores. “(...) *la lista de cláusulas abusivas*

contenida en la ley 142 de 1994, es una lista gris, toda vez que se trata de una enumeración con carácter indicativo y no imperativo, de manera que podría desvirtuarse una vez se den las condiciones previstas por el legislador."¹¹

3.4. Criterios comunes que se presentan en los diferentes regímenes:

La ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor), ley 142 de 1994 (Régimen De Los Servicios Públicos Domiciliarios) y ley 1328 de 2009 (Régimen De Protección Al Consumidor Financiero); se establecen condiciones particulares en regímenes especiales, en la que el legislador establece que se constituirá como cláusula abusiva. De estos regímenes en particular se pueden extraer criterios comunes, los cuales serán puestos de presente.

Es de poner de presente que los regímenes aquí sostenidos, suponen en su gran mayoría de situaciones la celebración de contratos de adhesión en los que el consumidor de servicios públicos domiciliarios, financiero y en general el consumidor de toda clase de productos y servicios, deberán adherirse a una serie de condiciones impuestas por el productor o quien preste el servicio de tal forma que el poder de imposición del texto contractual en su generalidad no está en cabeza del consumidor y su negociación es muy limitada; situación tal que llevó al legislador expedir regímenes que protegieran los derechos e intereses de los consumidores, con el fin de limitar el ejercicio de la posición dominante.

Las normas estudiadas son expedidas en diferentes momentos del tiempo e historia colombiana, no obstante se puede evidenciar como un criterio común que será abusivas en cualquier régimen aquellas cláusulas:

¹¹ (Stapper Buitrago, 2009)

- Que limiten en toda forma el ejercicio de los derechos y libertades de los consumidores de cualquier régimen de los ya estudiados.
- Que inviertan la obligación de la carga de la prueba en cualquier momento en perjuicio del consumidor de los regímenes aquí estudiados.
- Que limiten, disminuyan, eliminen y/o condicionen la responsabilidad que se pudiere llegar a causar bien sea por el productor, prestador del servicio, entidad financiera, entidad prestadora de servicios públicos y/o cualquier sujeto de los regímenes aquí estudiados en perjuicio de los consumidores.
- Que presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, de los regímenes ya estudiados, generando obligaciones y cargas adicionales.

De conformidad con lo aquí enunciado, en su gran mayoría las relaciones contractuales estudiadas en el presente acápite, constituyen contratos de adhesión, situación que en todo caso (bien sea que se encuentre tipificada o no la conducta en los regímenes particulares ya expuestos), se debe tener en cuenta por quien interprete la situación de hecho “(...)que las condiciones generales en el contrato por adhesión deben interpretarse a favor del adherente y en el sentido más favorable, por razones de equidad (...)”¹².

¹² Sentencia de 14 de diciembre de 2011, Referencia: C-1100131030142001-01489-01 de la Corte Suprema de Justicia, M.P., Jaime Arrubla Paucar.

IV

PROPUESTA DE LOS CRITERIOS OBJETIVOS QUE PERMITAN IDENTIFICAR LA PRESENCIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LAS RELACIONES JURÍDICAS ENTRE COMERCIANTES CUANDO AQUELLAS NO SE SUBSUMAN EN NINGUNO DE LOS RÉGIMENES ANTERIORES.

De los regímenes particulares expuestos de manera previa, el mandato constitucional contenido en el artículo 13 de la Carta Magna, artículo 871 del Código de Comercio, artículos 1602, 1603 y 1624 del Código Civil y los postulados invocados por el Dr. Jaime Arrubla Paucar, en sentencia de 14 de diciembre de 2011, Referencia: C-1100131030142001-01489-01 de la Corte Suprema de Justicia, se puede desprender para los jueces criterios de interpretación que constituyan el régimen general, en particular para nuestro estudio, lo que se deberá tener en cuenta para aquellos contratos entre comerciantes y las cláusulas abusivas que estos puedan llegar a contener “(...) *lo que puede hacer el juez frente a una cláusula abusiva en ese tipo de contratos, es resolver el caso aplicando la teoría general, la cual invita a observar la prohibición de insertar ese tipo de cláusulas, según restricción que implícitamente se desprende del citado artículo 871 del Código de Comercio, y derivar la consecuencia legal que corresponda, que no puede ser otra que sancionar con la invalidez la cláusula del contrato transgresora del mandato legal, si ello se torna necesario para mantener el equilibrio y por ende la justicia contractual entre las partes.*

Pero no se trata de una función discrecional para el juez, o que pueda soslayarla bajo la disculpa de respetar la autonomía privada de las partes, que le veda una intromisión en el contrato so pretexto de interpretarlo. El mandato contenido en el artículo 13 de la

Constitución Política, imperativo para el juzgador, como parte del Estado, lo obliga no sólo a proteger a quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, por su condición económica, en las relaciones contractuales (...)” En virtud de lo anterior se expondrán de manera objetiva, criterios que sean aplicables con el fin de definir la existencia o no de una cláusula abusiva, para aquellos regímenes que no se encuentran con una regulación especial, tales como los expuestos de manera previa y en particular, para todas aquellas relaciones entre comerciantes.

- ✓ De conformidad con el mandato constitucional establecido en el artículo 13 de la Constitución Política, se deberá evaluar los criterios de igualdad y posibilidad de negociación entre las partes; es decir quien tiene el poder de imposición del texto contractual por su condición económica, a tal punto que de no aceptación por la parte que se encuentra en debilidad frente a la otra el negocio jurídico no se celebra.

Es decir, el contrato celebrado entre comerciantes adquiere las características de un contrato de adhesión, impuesto por aquella parte que por sus condiciones económicas y de mercado tiene facilidades de interponer las características del negocio a su arbitrio; de tal forma que se presenta una situación de debilidad manifiesta frente a aquella parte que no le queda de otra, más que aceptar el clausulado impuesto por aquella parte que ejerce posición dominante.

- ✓ De los regímenes particulares expuestos en la presente investigación: ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor), ley 142 de 1994 (Régimen De Los Servicios Públicos Domiciliarios) y ley 1328 de 2009 (Régimen De Protección Al Consumidor

Financiero), se puede evidenciar que aquellas cláusulas abusivas en contra de la parte que se encuentra en situación de debilidad frente a la otra por circunstancias económicas y de mercado, han sido definidos en su gran mayoría aquellas situaciones fácticas que de manera contundente son mencionadas en la premisa de las normas, definiendo de manera expresa su efecto frente a estas; en todo caso de dichos regímenes podemos concluir como premisas objetivas que ofrezcan criterios de interpretación objetivos referente a la existencia de cláusulas abusivas, las siguientes:

- Que limiten, prohíban y/o condicionen el ejercicio de los derechos y libertades de una de las partes contratantes.
- Que limiten, disminuyan y/o condicionen la responsabilidad de la parte que ejerce la posición dominante.

✓ Del artículo 871 del Código de Comercio:

“ARTÍCULO 871. <PRINCIPIO DE BUENA FE>. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.” Además de lo pactado entre las partes, en la interpretación que se haga del contrato en todo momento se debe poner de presente la equidad natural, entendiendo esta institución como: *“El instituto de la equidad natural, constituye un tema trascendente en materia jurídica, pues, la misión de este gran principio es corregir los vicios o defectos de lo justo positivo, a fin de*

obtener una solución más adecuada al caso sometido a la decisión del tribunal.”¹³, por lo tanto el juzgador, debe buscar de forma objetiva solventar aquellos vicios o defectos que atentan a la equidad natural, pudiendo llegar hacer caso omiso a lo pactado entre las partes cuando es evidente una posición dominante, para que de esta forma se llegue a una solución que esté más allá de lo pactado y atienda a los principios de equidad consagrados en las normas de interpretación de Colombia.¹⁴

- ✓ Artículos 1602, 1603 y 1624 del Código Civil:

“ARTICULO 1602. <LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES>. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”

De conformidad con los postulados ya expuestos el interpretador debe tener en cuenta el presente artículo, no obstante existen criterios de interpretación de carácter constitucional que deben ser estudiados y pueden invalidar el contenido de los contratos y/o de las cláusulas que lo conforman; en todo caso, es de poner de presente que el deber y la facultad de invalidar contratos porque estos generen cláusulas abusivas en contra de una de las partes “comerciante” (se deben ajustar al régimen general propuesto por el Dr. Jaime Arrubla en sentencia 14 de diciembre de 2011), corresponde de manera exclusiva a la rama judicial, por lo que será deber del defensor de aquella parte en situación de debilidad poner de presente aquellos criterios que se

¹³ (Rivera Restrepo, 2012)

¹⁴ Ley 157 de 1887, PARTE PRIMERA.

configuran con el fin de que este determine la posición dominante y las cláusulas abusivas que se generen. No obstante en aras de seguridad jurídica, las partes deben ceñirse a lo pactado, tal como lo expresa el artículo aquí mencionado, empero lo pactado debe estar alineado a los mandatos constituciones, legales y jurisprudenciales.

ARTICULO 1603. <EJECUCION DE BUENA FE>. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

Las partes contratantes deben buscar en todo momento ejecutar los contratos de buena fe, además de lo establecido en ellos de manera literal; por lo que en todo momento el juzgador debe buscar aquellos elementos que emanan de la naturaleza de la obligación, con el fin de conocer su alcance y contenido, del tal forma que esto permita que las partes se obliguen en iguales condiciones de responsabilidad, así no se encuentre pactado.

“ARTICULO 1624. <INTERPRETACION A FAVOR DEL DEUDOR>. No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor.

Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.”

En virtud de lo anterior, en el evento de ambigüedad de una de las cláusulas dictada por quien tiene la posición dominante, bien sea por circunstancias económicas, de mercado etc., esta se deberá interpretar en favor de quien no redactó la cláusula, por lo que como criterio objetivo respaldado por las leyes de la República de Colombia, se podrá tener que el contrato deberá ser interpretado en favor de quien no tuvo posibilidad de negociación, buscando en todo momento proteger la debilidad económica, de mercado etc., que se pudiere presentar, con el fin de que quienes ostentan calidades de posición dominante, no abusen del ejercicio de su posición imponiendo cláusulas abusivas, que generan situación de desventaja contractual.

Además de los criterios interpretativos aquí propuestos, se debe poner de presente lo establecido por el Dr. Jaime Arrubla Paucar, relativo al régimen general en donde se hace alusión de manera expresa al mandato constitucional y legal; por lo que se encuentra en cabeza de los jueces de la República ejercer la interpretación adecuada, con el fin de definir si en las relaciones comerciales entre comerciantes son abusivas y se decreta la eventual nulidad de estas.

V CONCLUSIONES

En conclusión, en Colombia no existe un régimen general que regule las cláusulas abusivas de manera uniforme, generando con ello las consecuencias que ya fueron mencionadas. Aun así, existen los principios generales como el de buena fe y abuso del derecho, que pueden ser utilizados por el juez para establecer en qué casos o situaciones se presentan pactos abusivos, para hacer una regulación de los mismos y reparar a la parte que se vea afectada con su estipulación.

- Para analizar si se está frente a una cláusula “abusiva”, debe examinarse si la misma perjudica sin justificación a una de las partes generando un desequilibrio entre estas. Si una cláusula, a pesar de haber sido libremente negociada por las partes genera una desproporción entre las prestaciones, la misma será abusiva. Para realizar este análisis, el juez podrá invocar los elementos que brindan los Principios Unidroit, o aquel

mencionado en el artículo 7 del Código de Comercio¹⁵ como principios generales del derecho, para dirimir esta cuestión. Tales elementos son:

- Que la parte con posición dominante contractual se haya valido injustificadamente de las necesidades de su co-contratante.
 - La naturaleza y la finalidad del contrato.
-
- Dar prelación a la interpretación que favorezca la mayor reciprocidad entre los intereses de ambas partes del contrato.
 - El concepto del “abuso del derecho” que hasta ahora ha sido el principio general utilizado por la jurisprudencia para evaluar la presencia de una cláusula abusiva, debe dársele alcance universal siempre que se presenten los supuestos para su ocurrencia. Se debe tener en cuenta que esta institución no se puede limitar ante los supuestos ya regulados, como es el caso de los contratos de adhesión para los de servicios públicos domiciliarios, los del sector financiero, y aquellos de protección del consumidor, sino que debe extenderse además a los contratos libremente negociados por las partes.
 - Realizar una interpretación del contenido contractual conforme al principio de buena fe.
 - Al analizar si se está frente a una cláusula abusiva, en todo caso, el juzgador debe acudir al mandato constitucional establecido en el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, con el fin de proteger a quienes por su condición económica, de

¹⁵ C. de Co., art. 7º. “Los tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia, la costumbre mercantil internacional que reúna las condiciones del artículo 3, así como los principios generales del derecho comercial, podrán aplicarse a las cuestiones mercantiles que no puedan resolverse conforme a las reglas precedentes”.

mercado etc., se enfrentan desventaja al momento de negociación y son obligados asumir disposiciones contractuales que pueden llegar a vulnerar sus derechos.

- Las cláusulas abusivas cuando se presentan en contratos en los que las dos partes son comerciantes, deben ser decretadas por el juez, pues estas se encuentran cobijadas por el principio de autonomía de la voluntad privada, establecido en el artículo 1602, por lo que hasta que un juez no decrete su nulidad serán válidas y deberán ser respetadas y acatadas por las partes. A diferencia de los regímenes especiales estudiados en el presente documento ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor), ley 142 de 1994 (Régimen De Los Servicios Públicos Domiciliarios) y ley 1328 de 2009 (Régimen De Protección Al Consumidor Financiero), en donde de manera taxativa las normas mencionan cual será el efecto contractual de que se contemple en el negocio una disposición que contemple la premisa de la norma.
- En el presente trabajo se busca generar criterios objetivos que ayudarán al interpretador a poner de presente al juez que evalué la situación en particular, con el fin de que este declare la existencia de cláusulas abusivas en contratos entre comerciantes, con fundamento en las normas y jurisprudencia aquí invocada; y en todo caso haciendo referencia al régimen general establecido por el Dr. Jaime Arrubla en sentencia de fecha 14 de diciembre de 2011.

VI BIBLIOGRAFÍA

1) Legislación nacional

- Constitución Política de Colombia 1991
- Ley 57 de 1887 - Código Civil
- Decreto 410 de 1971 – Código de Comercio
- Ley 142 de 1993
- Ley 1480 de 2011
- Ley 1328 de 2009
- Circular Externa 039 de 2011. Superintendencia Financiera de Colombia.
- Anexo a la Circular Externa 039 de 2011. Superintendencia Financiera de
- Circular Externa 042 de 2011. Superintendencia Financiera de Colombia.

2) Providencias nacionales

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 29 de agosto de 1980, M.P.: Humberto Murcia Vallen.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 19 de octubre de 1994, Ref.: Exp. 3972, M.P.: Carlos Esteban Jaramillo Schloss.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 2 de febrero de 2001, Ref. Expediente 5670, M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 14 de diciembre de 2011, ref. C-1100131030142001-01489-01, M.P.: Jaime Alberto Arrubla Paucar.

3) Doctrinantes nacionales

- ALARCÓN ROJAS, F. (2011). La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos. En F. Alarcón Rojas, La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos (Primera ed.). Bogotá: Universidad Externado.
- ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos mercantiles, Teoría general del negocio mercantil, 1ª reimpr. de la 1ª ed., Bogotá, Legis, 2013.
- CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. "Justicia y abuso contractual", en Los contratos en el derecho privado, dirs. académicos Fabricio Mantilla Espinosa y Francisco Ternera Barrios, Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Legis, 2007.

- CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. "La protección del contratante y la evolución del derecho contemporáneo", en Los contratos en el derecho privado, dirs. académicos Fabricio Mantilla Espinosa y Francisco Ternera Barrios, Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Legis, 2007.
- DIEZ-PICAZO, Luis y DE LEÓN, Ponce. "Las Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas", artículo en Las Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas, Ed. Civitas y Fundación BBV. 1996.
- GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. "El abuso en las cláusulas contractuales", en Estudios de derecho privado, Liber Amicorum en homenaje a Hernando Tapias Rocha, Bogotá, Universidad del Rosario, 2013.
- POSADA TORRES, Camilo. El equilibrio contractual en los contratos de adhesión, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2014.
- RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Del Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante. Universidad Externado de Colombia. Segunda edición. 2004.
- RIVERA RESTREPO, J. M. (2012). Algunos Comentarios Acerca De La Equidad Natural A La Luz De La Sentencia De Fecha 12 De Marzo De 1984, Dictada Por La Corte De Apelaciones Presidente Aguirre CERDA. Ars Boni et Aequi, 323-344. Obtenido de <file:///C:/Users/sierrac/Downloads/Dialnet-AlgunosComentariosAcercaDeLaEquidadNaturalALaLuzDe-3975738.pdf>
- Stapper Buitrago, C. (2009). La Regulación de Los Servicios Públicos Domiciliarios Eficiencia y protección de los derechos de los usuarios (Primera ed.). Bogotá: la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico-

CRA. Obtenido de <http://www.cra.gov.co/apc-aa-files/32383933383036613231636236623336/LibroCRA.pdf>

- SUESCÚN MELO, Jorge. Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo. Tomo II. Universidad de los Andes, LEGIS. Segunda Edición. Bogotá, Colombia. 2005