

COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Herrera-Tapias, B. y Álvarez-Estrada, J. (2017). Controles a las cláusulas abusivas en la Ley 1480 de 2011: una reflexión desde el análisis económico del derecho. *Revista Jurídicas*, 14 (2), 79-95. DOI: 10.17151/jurid.2017.14.2.6.

Recibido el 29 de septiembre de 2017
Aprobado el 26 de febrero de 2018

CONTROLES A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS EN LA LEY 1480 DE 2011: UNA REFLEXIÓN DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO*

BELIÑA HERRERA-TAPIAS**
JASSIR ALVÁREZ-ESTRADA***

RESUMEN

Objetivo. Plantea una reflexión crítica sobre las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión en las relaciones de consumo y su regulación en la Ley 1480 de 2011. Metodología. Caracterización hermenéutico-sintética, se emplean presupuestos del análisis económico del derecho, comienza con la definición de cláusula abusiva, luego se analizan los criterios establecidos para determinar la abusividad, siempre en el contexto del consumo. Finalmente, se hace referencia a los controles diseñados como forma de intervención a la realidad que el mercado de bienes y servicios demanda de los poderes públicos. Resultados. La libertad e igualdad de las partes que demanda un mercado confiable resguarda una protección en dos ámbitos jurídicos: el de los derechos patrimoniales y el de los derechos personales en cuanto al consumo digno. Conclusiones. Mayor eficiencia del control administrativo frente al uso este tipo de cláusulas en las relaciones de consumo.

PALABRAS CLAVE: contratos, cláusulas abusivas, análisis económico del derecho, controles, criterios, equilibrio.

* Este documento, como artículo de reflexión, es producto de los resultados obtenidos en la investigación denominada: "El Estado Económico Constitucional", desarrollada por el Grupo de Investigación en Derecho; Política Y Sociedad de la Universidad de la Costa - CUC.

** Abogado, Magíster en Derecho de la Universidad del Norte. Investigadora de la Universidad de la Costa-CUC. E-mail: bherrera3@cuc.edu.co. [Google Scholar](#). ORCID: 0000-0002-5974-7040.

*** Abogado, Magíster en Derecho Mercantil de la Universidad Sergio Arboleda, Docente Investigador de la CUC. E-mail: jalvarez18@cuc.edu.co. [Google Scholar](#). ORCID: 0000-0001-7724-2671.



CONTROLS FOR ABUSE CLAUSES IN LAW 1480 OF 2011: A REFLECTION FROM THE ECONOMIC ANALYSIS OF THE LAW

ABSTRACT

Objective. This article proposes a critical reflection about the abusive clauses in contracts for the adhesion in the relations of consumption and their regulation in Law 1480 of 2011. Methodology. Hermeneutic-synthetic characterization, in which the assumptions of economic analysis of law are used, starting with the definition of abusive clause, analyzing then the criteria established to determine abuse always in the context of consumption. Finally, reference is made to the controls designed for this kind of clauses as a form of intervention to the reality that the market for goods and services demands from public authorities. Results. The freedom and equality of the parties that demand a reliable market shields protection in two legal spheres: patrimonial rights and personal rights as for the worthy consumption. Conclusion. Greater efficiency of administrative control against the use of this type of clauses in consumer relations is needed.

KEY WORDS: contracts, abusive clauses, controls, economic analysis of the law, criteria, balance.

INTRODUCCIÓN

La posibilidad de imponer clausulados uniformes, junto con otras prácticas empresariales (acuerdos para reparto de mercados, fijación de precios, etc.) basadas en un principio abstracto de igualdad (solo formal), permite a las empresas obtener un dominio en las relaciones de mercado que va más allá de la función legítima y racionalizadora de los contratos, y que en lo posible debe ser controlada (Slawson, 1984). Este señorío exagerado del empresario permite que en los contratos puedan incluir cláusulas que incrementan su posición ventajosa, a la vez que hacen más gravosa la situación del consumidor; es entonces cuando se plantea una cuestión que tiene relación tanto con la equivalencia cuantitativa de las prestaciones, como con el abuso del empresario que estipula los contenidos del contrato y consagra derechos en su favor, no equiparables a los que se asignan al consumidor (Larroumet, 1993); las llamadas cláusulas abusivas, una de las razones que hace peligroso el predominio de los contratos que se celebran por la adhesión a condiciones generales.

En este artículo se propone una reflexión, desde el análisis económico del derecho, a los controles que las normas de consumo deben incluir para regular las cláusulas abusivas, en procura de garantizar los presupuestos de igualdad y equilibrio de las partes que *per se*, deben hallarse en la relación empresario-consumidor. Pues la libertad e igualdad de las partes que demanda un mercado confiable; resguarda una protección en dos ámbitos jurídicos: el de los derechos patrimoniales (trato equitativo y no afectación a los propios intereses económicos) y el de los derechos personales en cuanto al consumo digno, pues desde un sentido finalista, lo que se produce y se oferta en el mercado es para satisfacer necesidades humanas (Kemelmajer de Carlucci, 1991).

De esta forma en el desarrollo de las siguientes líneas a partir de un análisis cualitativo con aplicación del método hermenéutico-sintético (Ríofrío, 2015), se establece una adecuada interpretación de las normas jurídicas sumada a la realidad del mercado, pues las relaciones de consumo evidencian que el derecho no se agota en la Ley, lo que hace necesario que el objeto de estudio se aborde de manera holística y sistemática, incluyendo una perspectiva del análisis económico del derecho, como elemento diferenciador que parte del concepto de cláusula abusiva consignado en la Ley 1480 de 2011. Se pasa por los criterios que determinan la abusividad y finaliza con un ejercicio dialéctico entre economía, normas y mercado, de los controles a ese tipo de cláusulas desde un enfoque crítico.

DISCUSIÓN

I. Cláusulas abusivas: Concepto

En Francia, Bricks (1982) define como abusiva “toda cláusula que entrañe en ventaja exclusiva del empresario un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes siempre que lo sea en contrato por adhesión concluido entre un empresario y un consumidor, unilateralmente redactado por el primero” (p. 9). La directiva europea 93/13/CEE ofrece una definición más amplia cuando dispone en su art. 3.1 que:

Deberán reportarse como abusiva aquellas cláusulas individuales predisuestas que originen, en detrimento de las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor-adherente, un desequilibrio financiero significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato. (Artículo 3.1)

Dentro del contexto latinoamericano, el peruano Soto Coaguila (2005) afirma que:

En la contratación masiva serán abusivas las cláusulas que atendiendo el principio de la buena fe como fuente de integración del contrato, atribuyan al predisponente derechos y facultades exorbitantes o introduzcan limitaciones o restricciones en los derechos y facultades del adherente; igualmente, serán abusivas las cláusulas que supriman o reduzcan las obligaciones y responsabilidades del predisponente o cuando aumenten las obligaciones y cargas del adherente, o cuando en términos generales desnaturalicen la relación creada por el contrato. (p. 62)

Este tipo de cláusulas permite al empresario aprovecharse de su dominio negocial para exonerarse de responsabilidades (o limitarlas), para atenuar sus obligaciones o facilitar la ejecución a su cargo, mientras para el consumidor imponen lo contrario, desequilibrando el principio de reciprocidad de las estipulaciones, de suerte que el empresario acumula ventajas a su favor al tiempo que acumula detrimentos en las prestaciones de su cliente.

Existen dos caminos para establecer la “abusividad” de una cláusula o conjunto de cláusulas. El primero conecta la cláusula abusiva con el abuso del derecho, caracterizado por el uso desviado o malicioso de las finalidades sociales de un derecho concedido a una persona (Rengifo, 2002). El segundo, la relaciona con una falta a la buena fe, donde el elemento principal es el resultado objetivo de la conducta del agente que incorpora la cláusula al contrato, provocando un perjuicio grave para el consumidor, o un desequilibrio ostensible a partir de la inclusión de la cláusula en el contrato (Weingarten, 2007).

Este segundo supuesto parece ser acogido por la Ley 1480 de 2011, Régimen de Protección al Consumidor Colombiano en el art. 42:

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 la magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza. Los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho. (Artículo 42)

No estuvo afortunado el legislador nacional con esta definición, es probable que, como ha acontecido en ocasiones anteriores, el afán innovador le jugase una mala pasada, cuando era más simple utilizar alguna de las definiciones modelo (como la de la Directiva 93 de la UE) que resultan más claras y completas. No es una definición exacta, pues, deja por fuera dos de los tres criterios determinantes para establecer una cláusula como abusiva (la falta a la buena fe y la ausencia de negociación individual). Es defectuosa su redacción (antitécnica y cacofónica), en especial, el segmento que hace alusión a “la relevancia de todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza”. Esta parte de la norma es redundante y desprolija. Si lo que se buscaba era decir que para calificar una cláusula como abusiva, es menester tener en cuenta todas las circunstancias particulares del contrato bajo sospecha, es decir, dejar la puerta abierta para demostrar que la cláusula supuestamente abusiva está incluida en el contrato justificadamente; era más simple adicionar en el artículo de marras o en alguno posterior que la declaración de abusividad estaba sometida a consideraciones de tipo probatorio, permitiendo al predisponente demostrar que la cláusula no debe ser considerada abusiva *per se*, pues su inclusión se justificaría por las peculiaridades del contrato. Esto resulta coherente, pues engrana con el postulado de Betti (1959) según el cual la autonomía privada no solo tiene límites, sino que impone cargas en su ejercicio a las partes intervinientes en un contrato.

Además, pareciera que pecó por exceso al especificar que “no se podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”. Si bien estas cláusulas “solo exhiben su aspecto patológico” (Stiglitz & Stiglitz, 2012, p. 114) en los contratos adhesivos, una interpretación *ad contrarium* de este párrafo puede llevar a pensar que, en contratos no celebrados con consumidores sí pueden ser incluidas. Olvida el legislador que no todos los contratos de consumo se perfeccionan por adhesión, ni que tampoco todos los contratos por adhesión son necesariamente contratos de consumo. Hubiera sido mejor suprimir la expresión “con consumidores” y dejar la prohibición de las cláusulas abusivas abierta a todo tipo de contratos, ya que al convertirse la Ley 1480 en la norma general para la protección frente a este tipo de cláusulas, se abría un paraguas de protección

extensible no solo a los contratos de consumo, sino a cualquier tipo de contrato en el que una parte, partiendo de su superioridad económica, pretendiera obtener un beneficio a costa del perjuicio de su contraparte.

2. Criterios para determinar la abusividad de una cláusula

Sobre este punto concordamos con el análisis de Díez-Picazo (1997) en cuanto a que:

La construcción de la figura se hace a partir de principios generales del derecho de obligaciones y contratos anteriormente existente, que han sido objeto de un proceso de concreción en su aplicación a la materia que nos ocupa... significa esto que el rechazo a las condiciones generales abusivas puede fundamentarse en algunos de los siguientes principios: 1-) La idea del Art. 1256 del C.C español, según la cual la validez y el cumplimiento de las obligaciones no pueden dejarse nunca al arbitrio de uno de los contratantes. En similar sentido se encuentra la idea de los Arts. 1273, 1446 del C.C español, de acuerdo con los que la determinación del precio y en general del contenido de las obligaciones no puede dejarse nunca al arbitrio de una de las partes... 2-) La utilización de los criterios de buena fe y de equivalencia o justo equilibrio entre las prestaciones. Ha de señalarse que la buena fe aquí mencionada no es la buena fe como regla de integración del contrato, sino el conjunto de los criterios valorativos, que, desde el punto de vista ético, pueden conducir a un enjuiciamiento de la interna justicia del orden contractual. En este sentido, la buena fe es lo que el contratante normal espera, según el tipo de contrato, de la otra parte contratante. Es una aplicación de la regla general de la confianza. (p. 352)

El párrafo del autor español identifica dos de los elementos que siempre se deben tener en cuenta para entender cuándo estamos en presencia de una de estas cláusulas:

a) El rompimiento de la buena fe contractual. Entendiéndose la buena fe como aplicación de la regla general de confianza, y por ende como origen de derechos y facultades o de obligaciones y cargas de las partes. La Corte Suprema de Justicia (2008), refiriéndose a este principio, nos dice:

La escuela aristotélica-tomista había impulsado de tiempo atrás, un criterio superior, que rige por encima de todas las relaciones humanas, para la interpretación de los contratos, y es el de la equidad, principio que éste que sirve de pilar a lo contenido en los Arts. 1618 y 1624 del Código Civil... la buena fe consiste en la moderación de las disposiciones de la ley, en algunos casos particulares mediante su armonía con la suprema igualdad de la justicia natural.

En Colombia el artículo 83 de la Constitución, así como los artículos 1603 del Código Civil, 863 y 871 del Código de Comercio consagran la buena fe.

b) La ruptura del sinalagma. Expresada a través de un marcado desequilibrio en la relación contractual que perjudica directamente al consumidor. Siguiendo a Larroumet (1993):

El contrato debe tener un equilibrio económico y un equilibrio subjetivo o cualitativo. El primero de ellos puede ser alterado al momento mismo de la celebración del contrato, o posteriormente durante su ejecución, de ahí el énfasis en la observancia de la buena fe objetiva... El tema de las cláusulas abusivas no se refiere al equilibrio económico del contrato, sino al equilibrio subjetivo o cualitativo de éste, es decir, al contenido contractual y no a los bienes o servicios que hayan de ser proporcionados y a la contraprestación que haya que pagarse por ellos. (p. 72)

En el derecho norteamericano la tendencia es que además este desequilibrio debe ser injustificado. No basta que una cláusula dentro de un contrato por adhesión produzca un desequilibrio ostensible, porque este desequilibrio puede estar justificado o legitimado y entonces no habría abuso. Lo determinante es que tal desequilibrio *no sea justificable*, ni legítimo, o sea, que no tenga explicación racional o legal satisfactoria. Entonces estaríamos en presencia de una cláusula vejatoria. Dentro del *case law* del derecho norteamericano se conocen varias decisiones que sirven como ejemplo de lo anterior: *Armendariz Vs Foundation Health Psych Care Service Inc.*, 24 Cal. 4th 83, con sentencia proferida por la Suprema Corte del estado de California en el año 2000, y *Cooper Vs MRM Investment Company*, 367 F.3d 493 (6th Circ. 2004).

Existe además un tercer elemento, que consideramos fundamental, aun cuando algunos expertos del tema no opinen igual:

c) La ausencia de negociación individual. Que en los contratos por adhesión es más que explícita por la eliminación de la fase del *iter contractus*. La Directiva europea 93/13/CEE entiende que: “una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos por adhesión”.

Estos tres elementos son recogidos en Colombia por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de casación 5670 del 2 de febrero de 2001, cuando establece que:

Son características arquetípicas de las cláusulas abusivas, primordialmente: a-) Que su negociación no haya sido individual, b-) Que lesionen los requerimientos de la buena fe negocial —vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe, probidad, lealtad y, c-) Que generen un desequilibrio significativo de cara a los derechos y obligaciones que contraen las partes.

3. Las cláusulas abusivas desde el análisis económico del derecho

El Análisis Económico del Derecho (AED) como metodología apareció aproximadamente en los años sesenta en los Estados Unidos, principalmente a partir de los trabajos de Ronald Coase y Guido Calabresi, que persigue aplicar los métodos de la ciencia económica al derecho con el objeto de determinar los costos y beneficios de las conductas humanas (Polinsky, 1985); desde esta perspectiva estudia la aplicabilidad en las ciencias jurídicas de principios económicos tales como: el principio de eficiencia, el beneficio social, la teoría de los riesgos, etc. El AED entiende que el objetivo de la ciencia jurídica es el de promover la eficiencia y facilitar la realización de intercambios que conduzcan a una adecuada locación de los recursos, obstaculizando aquellos (intercambios) que conducen a situaciones opuestas; así se favorecería la creación de riqueza y desarrollo social (Paz-Ares, 1981). En su libro, *Análisis Económico del Derecho*, Richard Posner (2007) considera que el derecho de los contratos tiene cinco funciones económicas diferentes: prevenir el oportunismo, interpolar términos eficientes, prevenir errores evitables en el proceso de contratación, asignar el riesgo a quien pueda soportarlo mejor y reducir los costos de la resolución de disputas.

Las cláusulas abusivas también han sido estudiadas por el AED, principalmente acudiendo al concepto de la eficiencia en los términos contractuales, así en vez de usar la expresión abusiva, se reemplaza por la de cláusula ineficiente. Una cláusula, entonces, será ineficiente si el daño que inflige a los compradores es mayor que los costos que ahorra a los proveedores (Craswell, 1995). En un principio el AED defendía la idea de que el mercado actuaba como corrector de los excesos a los que podía conllevar el contrato por adhesión, consideraba que la inclusión de cláusulas ineficientes en los contratos se limitaba a escenarios donde el redactor del contrato ocupaba una posición monopólica en el mercado, pues solo en este contexto sería posible que la empresa abusara de su poder, pues los consumidores estaban obligados a contratar con ella ante la ausencia de oferentes. Esta idea fue expresada incluso antes del nacimiento del AED por Messineo (1952):

En un régimen de fuerte competencia el contrato de adhesión o sería inconcebible o no podría arraigar, por cuanto el consumidor encontraría siempre un productor que, para atraer a nuevos clientes estaría dispuesto a concederle condiciones más favorables que otro y a aceptar el concurso del consumidor en la determinación de las cláusulas contractuales. (p. 441)

En otras palabras, si existe competencia perfecta, sería inútil pensar en condiciones generales redactadas en términos ineficientes. *Contrario sensu*, si la competencia es imperfecta, los términos ineficientes emergen. Este planteamiento parece sostenerse al revisar un conocido caso de la Corte Suprema de New Jersey en 1960, *Henningsen vs. Bloomfield Motors Inc.* En esta controversia, Henningsen, el demandante, compró un vehículo fabricado por Chrysler Corporation. El contrato contenía una cláusula que señalaba que la garantía del producto únicamente obligaba al productor a fabricar cuidadosamente las piezas del automóvil, de manera que no poseyeran defectos. En caso de defectos no atribuibles a la falta de cuidado, el comprador liberaba a la compañía de cualquier obligación derivada de ellos. Días después de que el vehículo fuera entregado a Henningsen la dirección se rompió y como consecuencia chocó contra un árbol. El propietario demandó a la compañía, esta alegó que no tenía responsabilidad, pues la falla no era cubierta por la garantía. La Corte de New Jersey rechazó los alegatos de la empresa apuntando que la desigualdad en la posición negocial del consumidor en la industria automotriz es evidente. Al no existir competencia entre los fabricantes de autos en el área de las garantías, entonces, ¿dónde podía el comprador negociar mejores términos de protección? El control de este tipo de clausulados en mercados donde no hay competencia, es necesario para evitar la inclusión de cláusulas ineficientes.

Hoy día sabemos que el mercado presenta fallas que impiden su función autorreguladora (Herrera y Álvarez, 2016), y que existe un peligro mayor: la información imperfecta (Craswell, 1995; Korobkin, 2003). Entonces aún los consumidores considerados “diligentes” o *shoppers*, pueden verse sorprendidos por cláusulas ineficientes. Las razones para ello son diversas, y entre otras tenemos:

a) El elevado costo de transacción que implica para el consumidor obtener información importante relativa al negocio o contrato, costo que en la práctica resulta mayor al beneficio esperado.

b) La “racionalidad limitada” (Korobkin, 2003), expresión que para el AED se refiere a las restringidas capacidades cognitivas de los individuos y su escasa memoria, que no les permite comprender adecuadamente las condiciones del negocio o contrato celebrado. El poco conocimiento del adherente al momento de contratar no se debe solo a la falta de información, o al elevado costo para obtenerla, a veces los contenidos contractuales no están disponibles para el adherente durante la celebración del contrato, otras veces están disponibles, pero, en un lenguaje tan complicado que difícilmente una inteligencia normal, sin formación técnica sobre la materia puede comprenderlos.

Es este el problema de un caso clásico para el derecho norteamericano, que definió la figura de la *unconscionability*, expresión intraducible cuyo equivalente en el idioma castellano podría ser “irracionalidad”, el caso *Williams Vs Walker-Thomas Furniture* (1965)¹. La sentencia de la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia con ponencia del juez Skelly Wright, se convirtió en una lección magistral en materia de contratos predispuestos obligatoria para todo estudiante de derecho en Estados Unidos. En el fallo, el juez Wright estipuló que un contrato puede ser incumplido si su celebración se obtuvo gracias a condiciones irrazonables:

We hold that where the element of unconscionability is present at the time a contract is made, the contract should not be enforced... Unconscionability has generally been recognized to include an absence of meaningful choice on the part of one of the parties together with contract terms which are unreasonably favorable to the other party.

Para Wright son términos irrazonables aquellos en los que existe para una de las partes una carencia de elección significativa determinada por unas condiciones inconcebibles e injustificadamente favorables a la contraparte. La imposición de este tipo de cláusulas proviene de la gran desigualdad en cuanto al poder de negociación de las partes

c) La falta de diligencia de los consumidores frente a sus cargas al momento de contratar. Sobre ello, vale recordar que en decisiones antiguas los tribunales anglosajones adoptaron posiciones influenciadas por la regla del *common law* conocida como *caveat emptor*, expresión latina que se traduce al inglés como *let the buyer beware* y que expresa la diligencia que debe tener el comprador al momento de la compra (Rakoff, 1983), cuando adquiere bienes sin una garantía expresa de por medio².

De manera similar en *The Law of Contract* (1993), Sir Guenter Treitel refiere el caso *L'Estrange vs. F. GraucobLtd*, en el que los propietarios de un café adquirieron

¹ En el caso la compradora Ora Lee Williams adquirió un equipo de sonido a la compañía Walker-Thomas de Washington D.C. La señora Williams firmó un contrato de financiación redactado por la empresa, en el que se comprometía a hacer pagos a plazos. La compañía se reservaba el derecho real de dominio sobre el bien hasta cuando no se pagara la última cuota financiada. Pero, lo mejor para la empresa era que el contrato estaba redactado de forma tal que cada cuota mensual del precio, hacía parte de un complicado sistema de pro-rata en el que se incluían las financiaciones anteriores de la compradora en la misma empresa, una especie de garantía cruzada, que implicaba que ninguno de los artículos antes adquiridos por ella se entendía pagado, hasta cuando el último fuera pagado en su totalidad. Esto permitía a la empresa reclamar la devolución de los artículos vendidos con anterioridad. Tiempo después de comprar el estéreo la compradora incumplió en las cuotas, y la empresa exigió la devolución de mercancía vendida desde 1957.

² Este principio se reconoció inicialmente para las compraventas de inmuebles. El potencial comprador debía verificar el estado del inmueble, no podía reclamar a posteriori, pues estos negocios carecían de garantía expresa. El vendedor solo respondía por el justo título de la propiedad. La regla no aplicaba para las ventas con mala fe, cuando el vendedor sabía de problemas importantes de la propiedad y no se lo manifestaba al interesado. Con los años el principio fue utilizado para otros contratos (compraventa de autos, bienes muebles usados), donde no había garantía reconocida por el vendedor. La figura apareció por vez primera en una decisión del juez de la Suprema Corte John Marshall en el caso *Laidlaw vs. Organ* 1817.

una máquina dispensadora de cigarrillos. La compradora firmó, mas no leyó el contrato, que en una de sus cláusulas contemplaba una ostensible limitación a la responsabilidad del vendedor. La sentencia sostuvo entonces que ella estaba obligada por la cláusula (*binding by signing*) y no podía reclamar por los defectos de la máquina. De modo que no prosperó ni su intención de deducir parte del precio pagado, ni la de recibir indemnización por perjuicios. En el juicio se discutió la letra menuda de la cláusula, pero esto no importó para la decisión, y habría sido indiferente si la compradora hubiera sido extranjera o no entendiera el idioma, ella estaba amarrada al cumplimiento de lo pactado (Treitel, 1993)³.

d) Las cláusulas contractuales abusan de terminología legalista (De La Maza, 2003). Una de las razones de este tipo de lenguaje es lo que Rakoff (1983) denomina “la tentación del redactor”. El empresario utiliza contratos que son diseñados por sus asesores jurídicos, y estos últimos suelen dejarse llevar por su instinto primario de “proteger a su cliente tanto como sea posible de obligaciones que lo vinculen legalmente, incluyendo las relacionadas con riesgos que el empresario podría estar dispuesto a asumir”.

4. La eficiencia de Kaldor-Hicks en el control a las cláusulas abusivas

Nuestro estudio se centrará ahora en comparar tres diferentes tipos de controles establecidos a las cláusulas abusivas: judicial, administrativo y legislativo. Para ello utilizaremos el criterio de eficiencia de Kaldor-Hicks, pues nos permite valoraciones más flexibles que el de Pareto⁴. Se usa una metodología de análisis económico positivo del derecho, es decir, el análisis de normas ya existentes para determinar sus efectos y resultados, observando la interacción entre los sujetos y tales normas, valorando así la eficiencia o ineficiencia de las mismas (Aguirre Soriano, 2014).

El control judicial es usado por los consumidores en Estados que no tienen regulación legal sobre los contratos por adhesión y sus condiciones generales, el control lo realizan jueces y tribunales a partir de la aplicación de reglas generales sobre interpretación contractual consagradas en las leyes civiles o comerciales. Tal era la situación en Colombia hasta la expedición de la Ley 1480 de 2011. Este control tiene dos modalidades, la primera una especie de control *ex ante*, para que las condiciones generales sean revisadas y aprobadas por los tribunales antes de ser utilizadas por los empresarios, algo parecido a la aprobación administrativa que se requiere en algunos contratos. García-Amigo (1969) lo considera preferible, mientras Arrubla (2007) opina que aumenta el costo de los bienes perjudicando al consumidor. La segunda sería la revisión judicial de los contratos con condiciones

³ Ver en el *case law* de USA también el caso *Lewis vs Great Western Railway* (1860).

⁴ Este criterio es menos rígido que el de Pareto por lo que resulta aplicable a un mayor número de circunstancias. Según Kaldor-Hicks una transacción, medida legal o política serán más eficiente que otras si las personas, o grupos de personas, que mejoran (se benefician con ella), pueden, compensar los perjuicios a aquellos que empeoran (se perjudican). Ver al respecto en Schaffer y Ott (1991) pp. 84 y ss.

generales, los jueces pueden revisar los contratos por adhesión a solicitud de parte, este sistema es acogido por ejemplo en Estados Unidos e Israel. En el caso estadounidense la facultad de revisión se encuentra consagrada en el párrafo 302, sección segunda, del *Uniform Commercial Code*. Dicha norma dispone que si el tribunal considera que un contrato o cláusula del mismo ha sido lesiva para los intereses de una de las partes, pueden darse tres efectos: negar la ejecución del contrato, declarar la ineficacia de la cláusula abusiva y ejecutar el resto del contrato o limitar la ejecución de la misma para evitar un resultado injusto.

Al aplicar a este control el criterio de eficiencia de Kaldor-Hicks el control judicial resulta precario, costoso e ineficiente, primordialmente por defectos propios del sistema judicial, que se traducen en dificultades para el acceso a la justicia, costos para el consumidor más altos que la propia causa litigiosa, mora en la decisión o fallo, o excesiva congestión judicial. El control judicial no resulta eficiente en términos económicos para los consumidores, pues además no impide que las cláusulas vejatorias sean incluidas en los contratos, mientras aumenta para ellos los costos de transacción *ex post*. *A contrario sensu*, el empresario no experimenta mayores dificultades, pues cuenta con recursos para afrontar la disputa y sus costos de transacción *ex ante* desde el inicio han precavido la posibilidad de futuros litigios, así podrá mantener sus precios altos y asegurar su beneficio económico. Larroumet (1998) además hace notar que un control en cabeza solo del juez puede originar inseguridad jurídica, ya que es bien sabido que la interpretación judicial suele conducir a senderos contradictorios (sobre todo en países de tradición romano-germánica). Esto es más patente en países como Colombia, donde no existe la aplicación de un criterio estándar utilizable por el juez para valorar la abusividad de una cláusula, similar al *reasonable notice test*, o la *unconscionability* del derecho norteamericano, la doctrina de las expectativas razonables propuesta por Calabresi en el AED, o la *fairness of contract terms* de la *consumer rights act*, la nueva ley inglesa sobre cláusulas abusivas expedida en 2015.

Un segundo mecanismo de control es el administrativo, con el que un organismo del poder ejecutivo vela por la protección de los derechos de los consumidores. En desarrollo de esta función puede revisar las condiciones generales antes de su inclusión al contrato, o sea, ejerce un control *ex ante* del contenido contractual, lo que constituye una importante certeza para los consumidores de que adhieren sobre la base de un contrato más o menos equilibrado.

Los países escandinavos son pioneros de este sistema mediante la figura del Ombudsman del consumidor. El vocablo proviene del sueco “*comisionado*”, en Suecia entró en vigor en 1971, como una respuesta inmediata al pueblo frente a situaciones que resultaban de costosa resolución por vía judicial (Álvarez y Herrera, 2016). Bajo el criterio de Kaldor-Hicks este control resulta más eficiente que el judicial, pues evita los altos costos de transacción de la vía judicial, sirve

como estímulo a los productores para incluir términos eficientes en sus contratos al imponer mayores restricciones para la inclusión de las condiciones contractuales, y el número de consumidores beneficiados por las medidas administrativas compensa el “deterioro” en la situación del empresario. Además, si nos atenemos a la premisa del AED de que las normas jurídicas se comportan en forma análoga a los precios (Mattei, 1997), el empresario asignará a las regulaciones administrativas sobre cláusulas contractuales un valor negativo, derivado de las sanciones o multas que podría recibir al desconocerlas. Al imponerse a las empresas mayores requisitos para la inclusión de cierto tipo de cláusulas en los contratos que ofertaran en el mercado, aumenta el costo de tales cláusulas, por lo que en forma inversamente proporcional disminuye el interés de los empresarios por incluirlas en sus contratos. Sin embargo, es tal la cantidad de situaciones abusivas que pueden presentarse en la cotidianidad, que el control administrativo requiere de mecanismos expeditos de resolución de las disputas judiciales y de una verdadera cultura del consumo, entendiéndose por ello que los consumidores acudan con información suficiente que les ayude a la toma de decisiones racionales; tal vez por ello sus resultados son más eficientes en países con altos grados de educación y desarrollo. Las regulaciones administrativas permiten una mejor asignación de riesgos en determinados contratos, así entendió el legislador colombiano al expedir normas como los artículos 128 al 133 de la Ley 142 de 1994 para el sector de los servicios públicos domiciliarios, y los artículos 1 al 22 del régimen de protección al consumidor financiero, Ley 1328 de 2009. Estas normas permiten el control de cláusulas abusivas mediante la intervención del ejecutivo, a través de las comisiones regulatorias, el defensor del consumidor financiero y sobre todo las superintendencias.

Por último está el control legislativo, el sistema más usado para desestimular la inclusión de cláusulas abusivas. En este tipo de control se puede legislar de forma directa sobre el contrato por adhesión, las condiciones generales, sus reglas de inclusión y las cláusulas que se consideran abusivas (Italia, Alemania, España). Una segunda tendencia aplica este tipo de control desde regulaciones para la protección del consumidor (Argentina, Colombia, Brasil). El control legislativo no es excluyente de los otros controles, por el contrario, el control judicial es su complemento necesario al permitir su ejecución coercitiva.

En Colombia la Ley 1480 de 2011 regula las cláusulas abusivas a partir del capítulo III. La norma del artículo 42 podría ser más eficiente desde el punto de vista económico, reemplazando en su redacción la frase “desequilibrio injustificado” por la de “desequilibrio importante” como lo hace la Directiva 93 de la CEE, el artículo 82 de la LGDCU española y la sentencia C-909 de la Corte Constitucional. El cambio tiene el efecto de establecer un elemento económico, en la práctica más fácil de determinar para el juzgador, máxime, cuando se carece de un criterio uniforme para la calificación de abusividad. Consideramos que no es necesario demostrar que el desequilibrio es injusto, basta que sea severo, marcado y que haya

ruptura del deber contractual de buena fe. En otras palabras, se trata de dar un fondo más económico que jurídico a la calificación de una cláusula como abusiva, porque en últimas es la parte económica la más importante para el consumidor. Esta misma discusión se ha presentado sobre la viabilidad de la figura de la *unconscionability* en el *common law*. Por ejemplo, Duggan (2004), en un estudio comparativo del *case law* de diferentes países anglosajones, afirma que “sin una base o aproximación económica la doctrina de la *unconscionability* carece de sentido” (p. 6) y que es peligroso que los jueces emitan fallos bajo influencia de un criterio subjetivo de la figura que deje de lado las consecuencias económicas para las partes.

Nuestro país tiene una convergencia de controles frente a las cláusulas abusivas, pues se tiene el control legislativo de la Ley 1480 de 2011, al tiempo que las normas de las leyes arriba anotadas especiales para los sectores de servicios públicos y financiero, que abren espacio para la intervención de entidades administrativas como las superintendencias y las comisiones reguladoras, que imponen controles las cláusulas de algunos contratos, pudiendo incluso declarar la ineficacia de algunas de ellas y establecer sanciones o multas para los empresarios que las incluyan en sus contenidos contractuales. Lo anterior es visible sobre todo a partir de las facultades que el Código de Procedimiento y Contencioso Administrativo y el Decreto 4886 de 2011, otorgaron a la Superintendencia de Industria y Comercio que puede incluso revisar de oficio los contratos con consumidores, identificando las cláusulas que podrían resultar lesivas y configurar abusividad. Para ello la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), debido a la naturaleza de derecho colectivo de la protección al consumidor, cuenta con funciones preventivas, mediante procedimientos ligeros, ágiles y flexibles (SIC, 2016).

Pese a ello, aquí resulta cierto el proverbio de interpretar las fallas de mercado a la luz de las fallas del Estado. Una cuidadosa revisión de las estadísticas que sobre Peticiones, Quejas y Reclamos (PQR) de los consumidores, se manejan tanto en la Superfinanciera, como en la SIC, revela que aún falta mucho camino por recorrer y que si bien la convergencia de controles ofrece mejores resultados que el control judicial usado durante la vigencia del Decreto 3466 de 1982, todavía existen serios obstáculos para los consumidores en la cuestión de los contratos con cláusulas abusivas.

En la actualidad, a pesar de los esfuerzos de la Superfinanciera, muchos bancos siguen incluyendo en sus contratos cláusulas desproporcionadas, inequitativas y perjudiciales para sus clientes (Castillo, 2016). Para el período 2000 a 2014 el Reporte de Sanciones en Firme a Entidades (RSFE), publicado por la Superfinanciera, solo da cuenta de una (1) sanción impuesta por violaciones al régimen del consumidor financiero, además dentro de las estadísticas que la entidad publica en su página web no existe una relación de las quejas tramitadas con motivo de cláusulas abusivas (Castillo, 2016).

Lo mismo se puede decir con respecto a los procesos de la SIC. Una revisión de las estadísticas de tales procesos para el semestre junio – diciembre de 2017 revela que del total de las PQR presentadas por los ciudadanos, aproximadamente un 30 % corresponden a cuestiones relacionadas con la protección al consumidor, sin embargo, no existe una estadística para el tema de las cláusulas abusivas, además son muy pocas las sanciones impuestas a empresarios por la violación de los artículos 42 y 43 de la Ley 1480 de 2011. Los datos aportados son concluyentes, muestran que la eficiencia económica de los controles en Colombia es un tema sujeto a debate. Existe todavía mucha ignorancia en el consumidor colombiano promedio sobre las medidas de protección consagradas a su favor en la ley, y también sobre los procedimientos para la materialización de esa protección. Es urgente ejecutar políticas públicas para crear en nuestro país una verdadera cultura del consumo, fundamentada en la educación de los consumidores para la toma de decisiones más racionales traducibles en una mayor eficiencia de los procesos económicos, pues como apuntó Leff (1967) la economía, es la ciencia del estudio del comportamiento humano frente a la escasez, si hubiera abundancia de bienes para todos, no habría necesidad del derecho, ni siquiera del Estado.

CONCLUSIONES

- La Ley 1480 de 2011 introdujo en su artículo 42 una definición de las cláusulas abusivas, que a partir de su entrada en vigor se convierte en regla general de protección para el consumidor colombiano. Sin embargo, la definición del artículo citado es por lo menos cuestionable. En la misma no se incluyen dos de los criterios principales para identificar este tipo de cláusulas: la trasgresión del principio de buena fe contractual y la ausencia de negociación individual; además, la redacción de la misma pareciera dejar abierta la posibilidad de introducir este tipo de cláusulas en contratos que no se celebran con consumidores, lo que no resulta coherente con el principio de protección contractual que persigue la figura.
- El análisis económico del derecho estudia las cláusulas abusivas a partir de la eficiencia económica que persiguen las partes en una relación contractual tipo empresario-consumidor. Al entender las desigualdades existentes entre ambos, el riesgo que para los consumidores entrañan estas cláusulas ineficientes se maximiza en situaciones de competencia imperfecta, que son las que a menudo más se presentan en los mercados. Las fallas del mercado, el predominio de los contratos predispuestos y la información imperfecta potencian los abusos que se pueden presentar, como la inclusión de términos contractuales irrazonables o ineficientes económicamente.

- Los mecanismos de control frente a este tipo de cláusulas se dividen en fórmulas *Ex Ante* y *Ex Post*. El control administrativo es más eficiente desde el criterio de Kaldor-Hicks, pues sus controles tienden a desincentivar la inclusión de cláusulas abusivas, abaratando costos de transacción. El control judicial es inseguro, costoso, y de difícil acceso. El control legislativo es el más utilizado, sin embargo, no es el más eficiente, sus costos de transacción aún son elevados para el consumidor colombiano promedio.
- La Ley 1480 de 2011 establece controles más eficientes que los que antes aparecían en las legislaciones comercial y civil. No obstante, es susceptible de mejoras, por ejemplo, la introducción de un criterio económico para la determinación de abusividad, lo que acarrearía un estándar de fácil aplicación para quienes administran justicia en este tipo de cuestiones, e igualmente mecanismos de más fácil acceso para el consumidor promedio que busca la protección de sus derechos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguirre Soriano, D. (2014). Criterios del Análisis Económico del Derecho Aplicables al Estudio de Patentabilidad de Programas de Computador. *Con-Texto Revista de Derecho y Economía*, 41(1), 87-114
- Akerlof, G. (1970). The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *Quarterly of Journal Economics*, 84 (1), 488-500.
- Álvarez, J. y Herrera, B. (2016). Contrato por Adhesión y Relación de Consumo en el Estatuto del Consumidor Colombiano. Maracaibo, Venezuela. *Revista de Ciencias Sociales*, 22 (1), 166-178.
- Arrubla, J. (2007). *Abuso de la Posición Dominante Contractual, en Regulación Financiera y Bursátil y Derechos del Consumidor*. Medellín, Colombia: DIKE- U Externado.
- Ballesteros, J. (1999). *Las Condiciones Generales de los Contratos y el Principio de Autonomía de la Voluntad*. Barcelona, España: J.M. Bosch.
- Berlioz, G. (1976). *Le Contrat d' Adhesion*. París, Francia: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence.
- Betti, E. (1959). *Teoría General del Negocio Jurídico*. Madrid, España: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Bricks, H. (1982). *Les Clauses Abusives*. París, Francia: L.G.D.J.
- Castillo, D. (2016). Control de las Cláusulas Abusivas en el Sector Bancario. *Revista de Derecho Privado Universidad de los Andes*, (55).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-466 de 2003. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia de Casación Civil 5670 de 2001. Magistrado Ponente: Carlos Jaramillo Jaramillo.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia de Casación Civil 14171 de 2008. Magistrado Ponente: William Namen Vargas.
- Craswell, R. (1995). Freedom of Contract. *Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No.33*. Chicago, United States: University of Chicago.
- De Castro y Bravo, F. (1975). *Las Condiciones Generales de los Contratos y la Eficacia de las Leyes*. Madrid, España. Editorial Civitas.
- De La Maza, I (2003). Contratos de Adhesión y Cláusulas Abusivas: ¿Por qué el Estado y no Solamente el Mercado? *Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri*, (1), 109-148.

- Díez-Picazo, L. (1997). *Las Condiciones Generales de la Contratación y las Cláusulas Abusivas Ponencia General*, en *Las Condiciones Generales de la Contratación y las Cláusulas Abusivas*. Madrid, España: Editorial Civitas-Fundación BBVA.
- Duggan, A. (2004). Three Unconscionable Contracts Cases From a Law and Economics Perspective. *Canadian Business Law Journal*, (40) 1-19
- García-Amigo, M. (1969). *Condiciones Generales de los Contratos*. Madrid, España: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Herrera, B. y Álvarez, J. (2015). El Mercado y la Libertad Contractual de los Consumidores en los Contratos por Adhesión. *Revista Jurídicas*, 12 (2), 26-41.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (1991). *La Protección al Consumidor en el Derecho Privado*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Juris.
- Korobkin, R. (2003). Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability. *University of Chicago Law Review*, (70) 8-16.
- Larroumet, C. (1993). *Teoría General del Contrato, Vol. I*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Larroumet, C. (1998). *La Protección de los Consumidores contra las Cláusulas Abusivas Estipuladas en los Contratos en Derecho Comunitario Europeo y en Derecho Francés, En Política y Derecho del Consumo*. Bogotá, Colombia: El Navegante Editores.
- Leff, A. (1967). Unconscionability and The Code: The Emperor's New Clause. *University of Pennsylvania Law Review*, (115), 485-559.
- Mattei, U. (1997). *Comparative Law and Economics*. Michigan, US: Ann Arbor/University Of Michigan Press.
- Messineo, F. (1952). *Doctrina General del Contrato*. Buenos Aires, Argentina: Editorial EJE.
- Paz-Ares, C. (1981). *La Economía Política como Jurisprudencia Racional*. Madrid, España: Editorial ADC.
- Pinzón, J. (1997). *Las Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas en el Derecho Colombiano*, en *Las Condiciones Generales de la Contratación y las Cláusulas Abusivas*. Madrid, España: Editorial Civitas - Fundación BBVA.
- Polinsky, M. (1985). *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Barcelona, España: Editorial Ariel.
- Posner, R. (2007). *Análisis Económico del Derecho*. Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.
- Rakoff, T. (1983). Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction. *Harvard Law Review*, (96) 2- 6.
- Rengifo, E. (2002). *Del Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Rinessi, A. (2006). *Relación de Consumo y Derechos del Consumidor*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- Riofóro, J. (2015). La Selección del Método en la Investigación Jurídica: 100 Posibles Métodos. España. *Revista de Educación y Derecho, Dialnet, Unirioja*, (12), 2-27.
- Slawson, W. (1984). The New Meaning of Contract: The Transformation of Contract Law by Standard Forms. *Pittsburgh University Law Review*, (46)15-21.
- Soto Coaguila, C. (2005). *Transformación del Derecho de Contratos*. Lima, Perú: Editorial Jurídica Grijley.
- Stiglitz, R. (1994). *Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo-Perrot.
- Stiglitz, R. y Stiglitz G. (2012). *Contratos por Adhesión, Cláusulas Abusivas y Protección al Consumidor*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- Superintendencia de Industria y Comercio (SIC). Resolución 51362 de 2016. Superintendente Delegada: Mónica Ramírez Hinestroza.
- Treitel, G. H. (1993). *The Law of Contract* (8th Ed). Londres, UK: Sweet & Maxwell.
- Weingarten, C. (2007). *Derecho del Consumidor*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Universidad de Buenos Aires.