



Las cláusulas sorprendivas en los contratos internacionales de adhesión⁸

Surprising clauses in international standard forms of contracts

Juan Camilo Córdoba Toro⁹

Resumen

El derecho internacional es un instrumento para resolver los problemas en un espacio transnacional, donde los particulares se mueven sin un marco jurídico suficientemente claro, pues confluyen diferentes derechos internos que buscan resolver sus conflictos, pero no están configurados para aquellos de carácter internacional –lo cual precisamente dio origen a la *Lex Mercatoria*–, generando así la posibilidad de diversas soluciones a una misma situación jurídica internacional que causa una falta de predictibilidad del derecho. Así pues, la necesidad de una fórmula específica demanda un análisis para su aplicación práctica a las relaciones jurídicas internacionales, es decir, la determinación de unas herramientas que permitan otorgar elementos de juicio a los árbitros, abogados y jueces al momento de aplicar la *Lex Mercatoria* –concretamente las cláusulas sorprendivas– derivadas de un

8 Este trabajo fue presentado como requisito para optar al título de Magíster en Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana.

9 Abogado de la Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín, Especialista en Derecho Comercial y Magíster en Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana. Decano Facultad de Derecho Universidad Cooperativa de Colombia Seccional Medellín. juan.cordobat@ucc.edu.co

contrato internacional, pero sobretudo que genere decisiones uniformes de jueces colombianos y árbitros internacionales, luego de la articulación de una herramienta que estructure las figuras para tal fin.

Palabras clave: *Lex Mercatoria*, cláusulas sorpresivas, contrato de adhesión, arbitraje internacional.

Abstract

The law is a tool to solve problems in a transnational space where individuals move without a sufficiently clear legal framework, where different national laws seeking to resolve international conflicts but not exactly –which gave rise to the *Lex Mercatoria*–, generating several possible solutions to the same international status that causes a lack of predictability of the law. My purpose due to the need of a specific formula that demand analysis for practical application to international legal relations, ie the determination of some tools to give evidence to the arbitrators, lawyers and judges when applying the *Lex Mercatoria*-surprise-clauses specifically derived from an international contract, but above that generates uniform decisions of Colombian judges and international arbitrators, after articulating a tool that structured the figures for that purpose.

Key words: *Lex Mercatoria*, clauses surprise, adhesion contract, international arbitration.

Introducción

En la aplicación de la *Lex Mercatoria* se presenta un gran número de temas específicos que, sin duda, merecen ser materia de estudio. Por ejemplo, el contexto de la compraventa internacional por mandato de la Convención de Viena, esto es, la *Lex Mercatoria* aplicada obligatoriamente en Colombia como subsidio del artículo 7 del Código de Comercio: “(...) los principios generales del derecho comercial, podrán aplicarse a las cuestiones mercantiles que no puedan resolverse conforme a las reglas precedentes”. En este sentido, la figura de las cláusulas sorpresivas –que no existe en el Código de Comercio (contratos de compraventa)– son de obligatoria aplicación en Colombia por mandato de los principios UNIDROIT.

A pesar de que, como se indicó en el acápite anterior, en Colombia no existe regulación sobre cláusulas sorpresivas, sí la hay sobre cláusulas abusivas –en los regímenes financiero, del consumidor y de servicios públicos

domiciliarios—. Esto ha generado problemas para el juez colombiano al momento de emitir sus decisiones procedentes de contratos internacionales, pues pese a la similitud de las figuras, se presenta confusión para aplicar una u otra (nacional o internacional).

Lo anterior, permite afirmar que, en la actualidad, no se cuenta con un instrumento internacional adecuado para resolver controversias de compraventa internacional de mercaderías, pues las legislaciones internas están diseñadas para resolver problemas internos y no problemas internacionales, es decir, aunque solucionan problemas de tráfico externo, el diseño de sus normas está concebido para resolver problemas de tráfico interno, que quedan circunscritos a un mismo sistema jurídico.

Sin embargo, en la relación mercantil internacional nos vamos a encontrar con situaciones que entran en contacto con sistemas jurídicos diversos, pero que ameritan una solución unificada, y no aislada, como acontece cuando cada Estado tira para su lado con el afán de dirimir los conflictos internacionales, aunque sea con normativa interna. Entonces, continúa ausente la solución unificada, si cada Estado tiene sus propias soluciones a los problemas de derecho mercantil internacional, pues, aunque la *Lex mercatoria* procura lograr una pronta unificación del derecho mercantil internacional, no parece tan próximo el hallazgo de un mecanismo adecuado para lograr una solución sistémica a los conflictos de tráfico internacional, cuando las partes no han acordado derecho aplicable y juez competente.

Ahora bien, el concepto de “cláusula sorpresiva”, pese al tratamiento dado por los tribunales internacionales, carece de estudio por la doctrina internacional. Esto ha evitado su conocimiento por los comerciantes internacionales –incluso por abogados y jueces– como también su desarrollo, de la manera que se dé la articulación con los ordenamientos jurídicos internos. Cabe recordar sí, que esta figura sólo fue incluida a partir de los principios UNIDROIT en la edición de 2004 y aún es desconocida.

De esta manera, la investigación busca la articulación de las figuras de: cláusula abusiva (Colombia) y cláusula sorpresiva (*Lex Mercatoria*), con la finalidad de desarrollar una herramienta que sea utilizada por jueces colombianos y árbitros internacionales, donde se logre que unos y otros profieran decisiones unificadas en los conflictos sobre compraventa internacional de mercaderías.

Contrato de adhesión

Doctrinariamente, ha sido amplio el tratamiento al concepto de adhesión como vínculo contractual, que, a pesar de no ser nuevo, es en la actualidad de permanente utilización en la contratación internacional. Un concepto que considero recoge los diferentes elementos desarrollados en la doctrina dice que el contrato de adhesión es:

Aquel en que la configuración interna del mismo (reglas de autonomía) es dispuesta anticipadamente sólo por una de las partes (profesional, proveedor, empresario, etc.), de manera que la otra (adherente, consumidor, no profesional), si es que decide contratar, debe hacerlo sobre la base de aquel contenido o no contratar (Stiglitz, 1994, p. 250).

De la misma manera, la ley colombiana 1328 de 2009, en su artículo 2 –definiciones– entrega el concepto de contrato de adhesión para los efectos de esa ley, pero que por su alcance podemos tomarlo de una manera más general:

f) Contratos de adhesión: Son los contratos elaborados unilateralmente por la entidad vigilada y cuyas cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose éstos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad (Congreso de Colombia, Ley 1328, 2009, artículo 2).

Como se ve, este tipo de vinculación contractual muestra una clara inequidad en la negociación que, para algunos, constituye una limitación a “la autonomía de la voluntad privada, puesto que ya no se encuentran dos individuos racionales en pie de igualdad, discutiendo lo que es mejor para cada una de las partes, sino que, por el contrario, una de ellas le impone a la otra el contenido total del contrato” (Echeverri Salazar, 2010, p. 139) y otros, por el contrario, consideran que es antes expresión de la voluntad, pues existe la posibilidad de aceptar o repudiar la oferta; lo que sí es seguro es que una de las partes tendrá una posición más fuerte en la negociación, lo que a la postre genera una inequidad de fondo en la etapa contractual.

Las características de los contratos de adhesión, según Stiglitz y Yuri Vega son:

La unilateralidad: Este, tal vez sea uno de sus rasgos más característicos. La configuración interna del contrato viene modelada sólo por una de las partes, precisamente identificada como el predisponerte (...)

La rigidez del esquema predeterminado por el empresario: Ello significa que su contraparte carece del poder de negociación que consiste en discutir o en intentar influir en la redacción del contrato o tan siquiera de una cláusula.

La predisposición contractual es inherente al poder de negociación que concentra el “profesional” y que generalmente (no siempre), coincide con la disparidad de fuerzas económicas (...)

La predisposición se complementa con su carácter abstracto y general, pues se trata de condiciones a ser incorporadas en una pluralidad de negocios (STIGLITZ, 1994, pp. 250-251).

Este tipo de contratación es un desarrollo de la globalización de la economía; por lo tanto, la contratación pasó de ser individual a masiva, lo cual no permite que los contratantes se pongan de acuerdo con los elementos esenciales del contrato y, por el contrario, solo una de las partes puede establecer el contenido total del contrato, generando así un desequilibrio en la relación jurídica.

En la actualidad, la gran mayoría de los contratos que celebra una persona común y corriente, que dispone de recursos para negociar, son estándar. Por ejemplo, los que celebra al tomar un bien en arrendamiento para vivienda o para pasar sus vacaciones; para transportarse en los diferentes medios; los de compraventa en su gran mayoría, como cuando compra un carro; para abrir una cuenta corriente o de ahorros; para obtener un seguro de vida; para comprar víveres en un supermercado; para ver una película o para parquear un carro; para comprar muebles y enseres; para cubrir necesidades de seguridad u otros servicios. No exageraríamos si afirmamos que casi todos los contratos del hombre corriente son contratos por adhesión (Arrubla Paucar, 2012, p. 172).

Ello ha sido fuertemente criticado y, en consecuencia, se plantea por la doctrina la necesidad de volver sobre las normas de los contratos tipo, ya no como simple complemento de la voluntad de las partes, sino por el contrario, como equivalentes a lo que habrá de entenderse como el “contrato justo” (Echeverri Salazar, 2010, p. 140).

Cláusulas abusivas y cláusulas sorprendivas

Cláusulas abusivas

El concepto más cercano que tenemos sobre cláusula abusiva, desde el punto de vista jurisprudencial, fue dado por la Corte Suprema de Justicia,

que la consideró como aquella que “favorece excesiva o desproporcionadamente la posición contractual del predisponente y perjudica inequitativa y dañosamente la del adherente” (Corte Suprema de Justicia, 2001).

La doctrina por su parte, también, otorga muchos conceptos, de los cuales cabe destacar a Sergio Muñoz Laverde:

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

Asimismo, el Estatuto Colombiano del Consumidor las define en su artículo 42 como “aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos” (República de Colombia, Ley 1480, 2011, artículo 42).

Esta modalidad de “injusticia” precontractual, se evidencia en la consagración de cláusulas abusivas que, obviamente, perjudican a la parte adherente que no tuvo la posibilidad de discutir sobre las condiciones de las mismas, pues “el uso de semejantes cláusulas suele aparecer de manera estándar, modalidad de contratación que suele ser utilizada como una manera de contratar constante en el rápido tráfico económico, para la entrega o suministro de bienes” (Gual Acosta, 2009, p. 16). Sin embargo, en los ordenamientos jurídicos internacionales no existe un tratamiento uniforme a las consecuencias de este tipo de cláusulas contractuales, pues ha podido verse que en algunos de éstos se presentan con cierta libertad o ausencia de intervención estatal y en otros se presenta una limitación o protección al consumidor tal que evita la existencia de cualquier tipo de desequilibrio contractual.

En todo caso, existen escenarios en los cuales este tipo de cláusulas son absolutamente irrecusables, pues:

Bastaría pensar cómo las empresas de servicios públicos no admiten ningún tipo de modificación o no aceptación de cualquiera de las cláusulas por ellas predispuestas para prestación (sic) servicios a sus usuarios, como son los contratos de combos de telefonía e internet ilimitado. Cláusulas o contenidos contractuales de los cuales el usuario sólo se

entera únicamente si lee el contrato antes de firmar, sin que se le informe sobre el contenido del contrato preestablecido por la empresa prestadora del servicio; pero en caso de que el usuario no acepte el contrato en su integridad al hacer alguna anotación al contrato estándar, como no aceptar una determinada cláusula, el servicio simplemente no le es instalado o si se le instala le es retirado de manera inmediata. Estas realidades son las que desde finales del siglo XX han llevado a una actualización del derecho de contratos, obligaciones y la responsabilidad (Gual Acosta, 2009, p. 21).

En el ordenamiento jurídico colombiano existe regulación de cláusulas abusivas en los regímenes financiero, del consumidor y de servicios públicos domiciliarios, pero no directamente para regular este tipo de cláusulas en la compraventa internacional de mercaderías, ni sobre contrato de adhesión con estipulaciones desequilibradas preestablecidas. “Tanto la jurisprudencia como la doctrina han reconocido validez al contrato por adhesión, de manera que es posible pactar cláusulas predispuestas de manera válida, como manifestación del principio de la autonomía privada” (Gual Acosta, 2009, p. 31); obviamente guardando el orden público en virtud a la limitación constitucional en materia económica.

Ahora bien, a pesar de que no existe consagración positiva en el ordenamiento jurídico colombiano, que regule o proteja al contratante adherente de las cláusulas abusivas –para compraventa– y, por ende apunte, a la libertad de estipulación de las mismas, existe una remisión directa del artículo 7 del Código de Comercio y del artículo 7 de la Convención de Viena (compraventa internacional) a los principios generales del derecho que sí presentan una regulación sobre la materia, de la siguiente manera:

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 (Código de Comercio, artículo 7).

(...) 2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella **se dirimirán de conformidad con los principios generales** en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado (Resaltados fuera del texto). (Convención de Viena, 1980, artículo 7).

La remisión hecha a los principios generales del derecho se refiere a los principios UNIDROIT, los cuales, en su preámbulo, consagran que “Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la Lex Mercatoria o expresiones semejantes” (UNIDROIT, 2010), los mismos que no estipulan las cláusulas abusivas como tal, sino bajo la denominación de “cláusulas sorprendivas” (UNIDROIT, 2010, artículo 2.1.20), las cuales por su redacción, contenido o forma las consecuencias que se derivan para el contratante adherente eran para él imprevisibles, y tiene como efecto la invalidez de la misma, pues si “aquella parte que acepta las cláusulas estándar de la otra parte se encuentra en principio obligada por dicha cláusula, independientemente de si realmente conocía su contenido en detalle o entendía todas sus implicaciones” (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, 2008, p. 70) dada la imprevisión por su contenido, terminología o presentación, pues en caso contrario sería poco probable su aceptación.

Así pues las cosas, y con la finalidad de otorgar claridad sobre la temática, es necesario dejar claridad que:

Detentar una posición dominante en una relación contractual no es sinónimo de obrar abusivo: es indudable que no habrá de caerse, en el caso, en petición de principios. El obrar abusivo requiere una actuación deliberada a través de cláusulas sorprendivas, destinadas a perjudicar al contrario, establecer relaciones desiguales o inequitativas, inducir a error a la contraparte con la intención de obtener un beneficio desmedido a expensas o en perjuicio de ella (al respecto ver el artículo 3.10 de los principios sobre los contratos comerciales internacionales) (Caso estación de servicio Sáenz Peaa S.R.L. C/Esso Petrolera Argentina S.R.L./Ordinario, 2009).

Entonces, “el riesgo de que una parte sea tomada por sorpresa por ciertas estipulaciones no se presenta si estas han sido previamente aclaradas y discutidas con la otra parte” (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, 2008, p. 72). De la misma manera, la “sorpresa” puede evitarse, si quien redacta el contrato previene a la otra parte de la posibilidad de aparición de obligaciones adicionales no discutidas, pero que provienen de la esencia de la relación jurídica internacional y obviamente exista una aceptación expresa de esta consecuencia.

Cláusulas sorpresivas

Para algún sector de la doctrina, las cláusulas sorpresivas son una parte del género cláusula abusiva, pues se ha indicado que éstas “pueden revestir varias modalidades. Pueden ser cláusulas claras, cláusulas ambiguas u obscuras y, por último, pueden ser cláusulas sorpresivas” (Laguado Giraldo, 2003, p. 247). Sin embargo, aunque reconozco su vínculo, no me atrevo a afirmar que una depende de la otra, pues una cláusula abusiva puede ser sorpresiva o no y viceversa. Pensemos en un caso en el cual la parte adherente acepte una cláusula teniendo pleno conocimiento de las consecuencias excesivas en su contra; aquí faltaría el elemento de la imprevisión. Lo mismo ocurre con la sorpresiva, puede ser o no abusiva; es el caso de aquella consecuencia que surja de manera inesperada, pero no cause una consecuencia adversa a la parte adherente. De esta manera, las cláusulas abusivas serán sorpresivas “cuando su uso no sea habitual al contratar sobre la base de cláusulas pre-dispuestas. En ese caso, no vincula al adherente, por no integrar el contenido usual o previsible del contrato” (García Amigo, 1978, p. 348).

De otro lado, y como se indicó anteriormente, las cláusulas sorpresivas fueron incluidas en los principios UNIDROIT, a partir de la edición del año 2004 y en la última de 2010 se regulan de la siguiente manera:

Artículo 2.1.20

(Cláusulas sorpresivas)

(1) Una cláusula estándar no tiene eficacia si es de tal carácter que la otra parte no hubiera podido preverla razonablemente, salvo que dicha parte la hubiera aceptado expresamente.

(2) Para determinar si una cláusula estándar es de tal carácter, se tendrá en cuenta su contenido, lenguaje y presentación (UNIDROIT, 2010).

La doctrina internacional ya venía desarrollando ampliamente el concepto, incluso desde antes de la regulación en los principios UNIDROIT 2004, entregando claridad sobre el alcance de este tipo de cláusulas y llegando a definiciones claras como la siguiente:

Se presentan cuando los efectos que de ellas se derivan, resultarían, además de desfavorables, notoriamente inesperados para un cliente común y que en todo caso lo son para el adherente a quien se le aplica, de manera que existe una discrepancia entre los efectos esperados o previsibles de éstas y los jurídicamente procedentes según su formulación, a juzgar según lo desacostumbrado de la cláusula en general, de

acuerdo con las circunstancias y especialmente según su configuración externa tomada aisladamente o en conjunto con el resto de las cláusulas (Rezzónico, 1987, p. 481).

O, en otras palabras, “Se trata de cláusulas tan insólitas que el adherente no contaba con su existencia” (Stiglitz, 1994, p. 55). De esta forma puede afirmarse que las consecuencias surgidas de las cláusulas sorpresivas afectan a la parte adherente, pues su redacción, contenido o forma hacen imposibles de ser previstas.

Según Rezzónico los elementos de la cláusula sorpresiva son: a. cláusula de condiciones negociales generales; b. los efectos son desfavorables para el adherente; c. los efectos se asientan en la sorpresa; d. deben tenerse en cuenta las representaciones y expectativas del destinatario de la cláusula; y, e. existe una clara discrepancia, entre el contenido esperado y el obtenido (Rezzónico, 1987, p. 205). Vale aclarar que:

No es suficiente que la cláusula sorpresiva sea inesperada. Es preciso que se trate de una situación de acentuada inequidad (desequilibrio) y de subrayada anormalidad. Debe tratarse de una cláusula que no es normal incluir entre las cláusulas predispuestas con las que se opera; no se contaba razonablemente con su inclusión. De allí que, apriorísticamente, no pueda formularse una lista de “cláusulas sorprendentes”. A lo sumo, podrán enunciarse algunas conocidas. Y a medida que sean incluidas repetidamente, dejarán de constituir una sorpresa (Stiglitz R., 2013, p. 74).

Las cláusulas abusivas en la legislación colombiana

Como ya se indicó anteriormente, en los contratos de adhesión se presentan, al menos, dos partes, donde una es considerada fuerte y la otra debe adherirse a las condiciones puestas para la relación contractual; sin embargo, en Colombia existe en la actualidad regulación tendiente a proteger a la parte débil en diversos aspectos esenciales para que el vínculo sea lo menos desproporcionado posible.

Servicios públicos domiciliarios

La Ley 142 de 1994, artículo 1, reglamentó “los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local

móvil en el sector rural; a las actividades que realicen las personas prestadoras de servicios públicos” (Congreso de Colombia, Ley 142 DE 1994, artículo 1), lo cual tiene como único objeto ampliar la cobertura de estos servicios con disminución de tarifas y aumento de calidad, y además, permitir el aumento de quienes prestan servicios para evitar situaciones de monopolio e impedir que estos prestadores abusen de su posición, a la hora de contratar con los consumidores por medio de cláusulas abusivas.

Lo anterior puede verse claramente en el artículo 11 de la Ley, donde se consagran obligaciones a las entidades –públicas o privadas– que presten servicios públicos, dentro de las cuales vale destacar:

11.1. Asegurar que el servicio se preste en forma continua y eficiente, y sin abuso de la posición dominante que la entidad pueda tener frente al usuario o a terceros.

11.2. Abstenerse de prácticas monopolísticas o restrictivas de la competencia, cuando exista, de hecho, la posibilidad de la competencia (República de Colombia, Ley 142 de 1994, artículo 11).

Así mismo, en el artículo 133 de la Ley citada, enuncia veinticinco tipos de cláusulas, en las cuales se presume legalmente que hay abuso de la posición dominante de la empresa de servicios públicos. Por su claridad vale resaltar algunas:

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;

(...)

133.4. 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; (República de Colombia, Ley 142 de 1994, 1994, artículo 133).

Esto sirve de guía para la estipulación de condiciones generales unificadas para estos contratos, porque cuando se producen masivamente se termina realizando una declaración de voluntad de una sola parte, la proponente, y la otra puede únicamente aceptar sin tener una mínima posibilidad de negociación. Sin embargo, aunque esta situación no cambie, al menos hace que las entidades estén permanentemente vigiladas evitando el abuso de su posición, y a la parte “débil” se le permite conocer –antes de aceptar las condiciones– las consecuencias que de allí se deriven.

Sistema financiero

La Ley 1328 de 2009 reguló la protección al consumidor financiero en materia financiera, de seguros, del mercado de valores. Se entiende por consumidor financiero “todo cliente, usuario o cliente potencial de las entidades vigiladas” (Congreso de Colombia, Ley 1328, 2009 artículo 2) y su protección se consagró a través de los principios que orientan la relación entre ambas partes –consumidor y entidad financiera–, a saber, debida diligencia; libertad de elección; transparencia e información cierta, suficiente y oportuna; responsabilidad de las entidades vigiladas en el trámite de quejas; manejo adecuado de los conflictos de interés y educación para el consumidor financiero. Estos principios son el fundamento de los derechos enunciados en el artículo 5 de la misma ley que se constituyen en la garantía fundamental al consumidor del sistema financiero.

Se contemplan, además, unos deberes a cargo de la entidad financiera; entre estos cabe destacar el literal e), pues tiene relación directa con el tema investigado; “e. Abstenerse de incurrir en conductas que conlleven abusos contractuales o de convenir cláusulas que puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante contractual” (Congreso de Colombia, Ley 1328, 2009, artículo 2). Este deber protege a la parte adherente de posibles “injusticias” presentadas al celebrar un contrato en el sistema financiero, pues vale anotar que éstos son realizados de manera unilateral por la entidad y es el consumidor quien lo acepta –forzosamente– en su integridad, incluyendo, de entrada, un desequilibrio entre las partes.

En el artículo 11 se reglamenta la utilización de cláusulas que generen desequilibrio contractual; “Se prohíbe las cláusulas o estipulaciones contrac-

tuales que se incorporen en los contratos de adhesión” y se presenta una enunciación insuficiente de lo que es prohibido pactar en una cláusula, además de dejar en su literal (e) abierta la posibilidad para que la Superintendencia Financiera establezca las demás cláusulas que considere.

Artículo 11. (...):

- 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.

Posteriormente, en el artículo 12 de la muy mencionada ley, se realiza una enunciación de las prácticas consideradas abusivas por parte de las entidades vigiladas de la siguiente manera:

- 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.

Considero que se dejó por fuera de las cláusulas abusivas, la alteración de las condiciones del contrato ya celebrado, pues si bien el artículo 10 de la Ley 1328 de 2009 obliga a la entidad financiera a notificar al cliente cualquier “modificación a las circunstancias del contrato **que fueren factibles o procedentes atendiendo el marco normativo específico de cada producto y las disposiciones generales de esta ley**” (resaltado fuera de texto), en ninguna parte se consagró como abusiva la reforma de las condiciones, cuando no esté relacionada con la naturaleza del producto ni con lo consagrado en la Ley, generando un desequilibrio tanto al momento de contratar como en plena ejecución del contrato.

Estatuto del consumidor

En el año 2011 se sancionó la Ley 1480 por medio de la cual se expidió el Estatuto del Consumidor. “Tiene como objetivos proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como amparar el respeto a su dignidad y a sus intereses económicos” (Congreso de Colombia, Ley 1480, 2011, artículo 1). Por lo cual se ha constituido en la actualidad en el principal mecanismo de protección para la parte adherente en los contratos de adhesión.

Las normas de esta ley regulan los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores tanto sustancial como procesalmente.

Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial (...) (Congreso de Colombia, Ley 1480, 2011, artículo 2).

De los derechos incluidos en el artículo 3, cabe resaltar el numeral 1.6, el cual consagra la protección contractual, “ser protegido de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, en los términos de la presente ley” que tiene su amplio desarrollo en los capítulos 2 y 3 de la Ley, comenzando con las condiciones generales para los principios de adhesión y posteriormente con la enunciación de las consideradas cláusulas abusivas.

Como viene de afirmarse, en el capítulo 2 –concretamente en su artículo 37– se regularon las condiciones generales de los contratos de adhesión, con la finalidad de evitar el desequilibrio y garantizar unas condiciones mínimas

en el vínculo contractual. De tal manera que se incluyeron los siguientes requisitos para la celebración de este tipo de contratos:

1. Haber **informado suficiente, anticipada y expresamente al adherente sobre la existencia efectos y alcance de las condiciones generales**. En los contratos se utilizará el idioma castellano.

2. Las condiciones generales del contrato deben ser concretas, claras y completas.

3. En los contratos escritos, los caracteres deberán ser legibles a simple vista y no incluir espacios en blanco, En los contratos de seguros, el asegurador hará entrega anticipada del clausulado al tomador, explicándole el contenido de la cobertura, de las exclusiones y de las garantías.

Serán ineficaces y se tendrán por no escritas las condiciones generales de los contratos de adhesión que no reúnan los requisitos señalados en este artículo (resaltados fuera de texto) (Congreso de Colombia, Ley 1480, 2011, artículo 37).

Considero que la expresión resaltada guarda un estrecho vínculo conceptual con lo considerado en los principios UNIDROIT, pues las cláusulas sorpresivas –como se indicó anteriormente– son las que por su redacción, contenido o forma no es posible prever las consecuencias que de allí pueden surgir; y exige que el adherente esté informado suficiente, anticipada y expresamente sobre la existencia efectos y alcance de las condiciones generales, lo cual, en últimas, garantiza que esta parte conozca las consecuencias que de allí se pueden desprender desde la etapa precontractual y no en plena ejecución del contrato.

Ahora bien, ya directamente en el capítulo tres de cláusulas abusivas, reitero que el Estatuto las define como “aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos” (Congreso de Colombia, Ley 1480, 2011, artículo 42); y en el artículo 43 se realiza la enunciación de aquellas que de pleno derecho son ineficaces, entre las cuales cabe resaltar las siguientes:

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

(...)

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

(...)

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;

(...)

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 éstas existan (República de Colombia, Ley 1480, 2011, artículo 43).

Las cláusulas sorprendivas en el derecho internacional

La protección a la parte “débil”, en los contratos de adhesión, ha sido considerada siempre por los ordenamientos jurídicos en el mundo; sin embargo, ese trabajo es continuo por lo cual en la actualidad persisten los esfuerzos para garantizar la igualdad contractual. A continuación, se presentan algunas decisiones jurisprudenciales y regulación positiva relevante sobre cláusulas sorprendivas a en el contexto internacional, que, sin duda, podrían ser consideradas por los jueces colombianos para su aplicación, pues algunos casos se han resuelto por la interpretación sistémica con las normas internacionales, a pesar de carecer de regulación expresa:

Argentina:

- La circunstancia de que la cónyuge del titular de una tarjeta de crédito haya consignado su firma y nombre en la solicitud de emisión de tarjeta adicional no importa una asunción de responsabilidad solidaria de su parte por los débitos originados por el uso de la tarjeta, pues en materia de solidaridad, el derecho común solo la establece en caso de una convención expresa o por disposición legal (cciv: 699 y 701), en tanto constituye una excepción al principio de mancomunidad (Llambías, J.J. Tratado de derecho civil, obligaciones, t. ii, pp. 482–83); **admitir tal pretensión implicaría consentir inadmisiblemente una cláusula sorprendiva, inusual e insólita, que no forma parte de las reglas de juego, ya que aparecería subrepticia o clandestinamente** (Caso Recurso de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, 2006. Resaltados fuera de texto).

- **Sería una cláusula sorpresiva, pues no podrían preverse tales resultados obrando con diligencia y buena fe** (cciv. 1198). Si así fuere la cláusula frustrante del fin esencial del contrato resultaría parcialmente anulable, al suscitar un error excusable sobre una condición sustancial del negocio, error de hecho sobre la causa principal del acto (cciv 929, 1039, 1045, 1139, 1198). (Caso García, Antonio C/ la Buenos Aires Cía de Seguros, 1983. Resaltados fuera de texto).
- Expresa que, mientras la Aseguradora pudo y debió prever la carencia de los documentos requeridos al asegurado no pudo razonablemente entender que tal carencia, por aplicación de una cláusula sorpresiva, facultaría al pre-deponente a denegar la prestación debida.
En las particulares circunstancias del caso, **la gravedad de aquella condición conduciría a considerarla cláusula oculta**, que se había hecho saber después de la aceptación y, en tanto resulte una cláusula excluyente de las consecuencias de la reciprocidad de las obligaciones, no podría presumirse siquiera tácitamente aceptada por el adherente (Píngaro, María Cristina contra Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda., 1994. Resaltados fuera de texto).

Brasil

En Brasil se cuenta, desde el año 1990, con el Código de Defensa del Consumidor (Ley 8078 de 1990); en el artículo 39 – Sección IV “de las prácticas abusivas” consigna una enunciación de las consideradas prácticas abusivas de manera expresa como tácitas, lo cual se constituye en un antecedente importante de regulación de cláusula sorpresiva.

España

- Es un hecho conocido en la práctica forense que en la pólizas de este tipo no solo se establece una determinada suma asegurada como límite de responsabilidad de continente o contenido sino que con frecuencia se produce la situación de infraseguro cuando la suma asegurada es inferior al interés asegurado, supuesto muy frecuentemente en este tipo de contrato y que en el caso supone un ajuste en la indemnización, pero **de ninguna manera puede clasificarse la cláusula como sorpresiva** y mucho menos cuando en el año 2005 se ha hecho una adición de garantía y seguro que no se encontraba contemplado en la primitiva

póliza del año 1995. Se desestima la apelación (Sentencia 181, 2010. Resaltado fuera de texto).

- Seguros. Cláusula delimitativa. En síntesis, la cláusula no es limitativa, sino delimitativa. Y por lo tanto ni tiene que figurar necesariamente en el condicionado particular, ni tiene que ser aceptada expresamente. Establece la cobertura del seguro, acorde con lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley de Contrato de Seguro; sin que pueda considerarse una cláusula sorpresiva. En primera instancia se estima parcialmente la demanda. Se desestima la apelación (Sentencia 212, 2009).

Alemania:

- A instancia de la jurisprudencia, se ha estimulado a los predisponentes para que las cláusulas de contenido inhabitual, susceptibles de sorprender, queden recogidas en los impresos de manera visible o que se haga una referencia a las mismas de manera expresa (ULMER, 1988, p. 765).

Austria:

- La Ley sobre Cláusulas Generales Contractuales de Austria (CPA, Consumer Protection Act de 1979) otorgaba protección al consumidor desde la formación del contrato, suministrándole el derecho a requerir la cancelación de aquellas cláusulas que tomen al consumidor por sorpresa. Respecto de las cláusulas “inesperadas” se establece que las estipulaciones inusuales en las condiciones generales de los contratos no forman parte del contrato si son desventajosas para la otra parte y no hay razones que justifiquen su existencia en dichas circunstancias (artículo 864 CC). (Stiglitz, El contrato por adhesión en el proyecto de Código Civil y Comercial, 2013, p. 75).

Conclusiones

En la actualidad, no existe un instrumento internacional adecuado para resolver controversias internacionales (compraventa internacional de mercancías), pues las legislaciones internas están diseñadas para resolver problemas internos y no problemas internacionales. Es decir, aunque solucionan problemas de tráfico externo, el diseño de sus normas está concebido para

resolver problemas de tráfico interno, que quedan circunscritos a un mismo sistema jurídico. Y, a pesar de existir normas internacionales que regulan ciertos aspectos contractuales, los jueces se muestran reticentes a aplicarlas presentándose incompatibilidad con las decisiones.

Asimismo, en la relación mercantil internacional nos vamos a encontrar con situaciones que entran en contacto con sistemas jurídicos diversos, pero que ameritan una solución unificada, y no aislada, como acontece cuando cada Estado tira para su lado con el afán de dirimir los conflictos internacionales, aunque sea con normativa interna. Es así como continuarán ausentes las decisiones unificadas, pues cada Estado tiene sus propias soluciones a los problemas de derecho mercantil internacional, si bien, aunque la *Lex Mercatoria* procura lograr una unificación del derecho mercantil internacional, no parece tan próximo el hallazgo de un mecanismo adecuado para lograr una solución sistémica a los conflictos de tráfico internacional, cuando las partes no han acordado derecho aplicable y juez competente.

Concretamente, en el tema de cláusula abusiva, puede afirmarse que carece de un mayor desarrollo normativo en el contexto mundial, pues aunque tribunales de Estados en particular diriman conflicto acudiendo a esta figura, el soporte es doctrinario y no de regulación positiva. Esto ha impedido su conocimiento por abogados, jueces, comerciantes, entre otros, imposibilitando la articulación con los ordenamientos jurídicos internos, o bien la inclusión en éstos, en caso de no existir, aunque bien vale la pena recordar que esta figura de la *Lex Mercatoria* sólo fue incluida por los principios UNIDROIT en la edición de 2004, quizás por ello su desconocimiento.

Internacionalmente, se toman decisiones con fundamento en cláusulas sorprendentes sin existir una regulación normativa específica al respecto; esto ha sido posible por la interpretación extensiva que se ha dado a la cláusula abusiva, entendiendo a la sorpresa como una especie de esta y no como dos figuras completamente distintas. En Colombia, pese a la remisión que hace el artículo 7 del Código de Comercio a los principios generales del derecho comercial o principios UNIDROIT, no se cuenta con jurisprudencia en la que se haya presentado argumentación tendiente a cláusulas de este tipo, aunque –con seguridad– se presenten en todo tipo de contrato de adhesión que se celebre en el país.

Ahora bien, por el proceso tan rápido que ha tenido la globalización en los últimos años, ligado a la necesidad de protección a la parte débil, Colombia tiene una regulación de cláusulas abusivas extremadamente dispersa; basta

ver que se tiene un régimen distinto para los servicios públicos domiciliarios, para el sistema financiero y el más actual dirigido a proteger al consumidor en general. Sin embargo, esto origina una situación adversa a la parte débil que, en vez de sentir una mayor protección, ve dispersa la garantía de igualdad contractual.

A pesar de lo anterior, lo que estos regímenes buscan es garantizar las consecuencias adversas que puede llegar a sufrir la parte adherente; a esto se le ha llamado reiteradamente igualdad contractual. Sin embargo, este término analizado con mayor amplitud nos dice que la capacidad de negociación no existe, pues:

La libertad jurídica en los contratos ha decaído y solamente se manifiesta en la mayoría de los casos, en uno solo de los sujetos de la relación jurídica contractual. Para el adherente, esa libertad existe solamente para decir si contrata o no contrata, con la advertencia que, en muchos casos, ni siquiera conserva esa posibilidad de decisión. El individuo ha perdido su libertad para determinar el contenido del contrato; el contratante de superioridad económica no le permite la discusión del esquema que regulará sus relaciones negociales en el futuro (Arrubla Paucar, 2012 pp. 172–173).

Referencias bibliográficas

Arrubla Paucar, J. A. (22-23 de marzo de 2012). Las cláusulas abusivas en el contrato de seguro y el nuevo estatuto del consumidor. Primer Congreso Internacional de Derecho de Seguros. Cartagena de Indias, Colombia.

Caso estación de servicio Saenz Peaa S.R.L. C/Esso Petrolera Argentina S.R.L./Ordinario (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial 22 de octubre de 2009).

Caso García, Antonio C. Buenos Aires Cía de Seguros (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial-Argentina 11 de abril de 1983).

Caso Píngaro, María Cristina contra Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda., Ac. 46.741 (Suprema Corte de Justicia 1 de marzo de 1994).

Caso Recurso de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, ADR6 (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial – Argentina 08 de junio de 2006).

Código de Comercio (enero de 2010). Bogotá, Cundinamarca: Legis.

Congreso de Colombia. Ley 1328. (15 de julio de 2009). Ley 1328. Bogotá, Colombia.

Congreso de Colombia. Ley 142 DE 1994. (11 de julio de 1994). Ley 142. Bogotá, Colombia.

Congreso de Colombia. Ley 1480. (12 de octubre de 2011). Ley 1480. Bogotá, Colombia.

Convencion de Viena. (1980). Convencion de las Naciones Unidas sobre Compra-venta Internacional de Mercaderías.

Corte Suprema de Justicia (2 de febrero de 2001). Sentencia de casación del 2 de febrero de 2001. Bogotá, Colombia.

Echeverri Salazar, V. M. (2010). Del contrato de libre discusión al contrato de adhesión. Opinión jurídica no. 17, 127–144.

García Amigo, M. (05 de 1978). Ley alemana occidental sobre condiciones generales. RDP (Revue du droit public et de la science politique en France).

Gual Acosta, J. M. (2009). El control sobre las cláusulas abusivas: Un régimen en evolución. Iusta no. 30, 16–44.

Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, U. (2008). Principios Unidroit. Sobre los contratos comerciales internacionales. 2004. Bogotá: Universidad Externado.

Laguado Giraldo, C. A. (2003). Condiciones generales, cláusulas abusivas y el principio de buena fe en el contrato de seguro. Universitas, 231–251.

Muñoz Laverde, S. (2010). El principio de la buena fe y su incidencia en la interpretación del contrato. Nulidad de las cláusulas abusivas en el derecho colombiano. En F. Hinestrosa, M. Tapia, R. Santos, A. Díaz, L. Garrido, E. Rengifo, y otros, Realidades y tendencias del derecho en el Siglo XXI (Vol. 1, p. 815). Bogotá: Temis.

Rezzónico, J. C. (1987). Contratos con cláusulas predisuestas. Buenos Aires: Astrea.

Sentencia 1054, 1054 (Tribunal Superior Sala 1ª, de lo Civil. Madrid, España. 17 de octubre de 2007).

Sentencia 181, 181 (Apelaciones Madrid, Sección 18ª. 2010 de abril de 2010).

Sentencia 212, 212 (Apelaciones La Coruña, Sección 3ª. 15 de mayo de 2009).

Stiglitz, R. S. (1994). Cláusulas abusivas en el contrato de seguro. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Stiglitz, R. S. (2013). El contrato por adhesión en el proyecto de Código Civil y Comercial. *Revista Derecho Privado*, 55–77, Buenos Aires.

Ulmer, P. (1988). Diez años de la Ley alemana de condiciones generales de los contratos: retrospectiva y perspectivas (traducción de J. Alfaro Águila-Real). *ADC*.

UNIDROIT. (2010). Principios UNIDROIT Sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010.