

OFICIO 220-041068 DEL 08 DE MAYO DE 2019

REF: CLÁUSULAS ABUSIVAS

Me refiero a su comunicación radicada con el número de la referencia, mediante la cual solicita que le sea indicado, según la jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades, **cuáles son consideradas cláusulas abusivas en los contratos que celebren los particulares.**

Al respecto se debe precisar que la competencia de esta Superintendencia es **eminentemente reglada** y como tal se enmarca en el ámbito de las atribuciones establecidas en el numeral 24, artículo 189 de la C.P., en los términos de los artículos 83, 84 y 85 de la Ley 222 de 1995, siempre y cuando las sociedades objeto de dichas atribuciones no estén sometidas a la inspección, vigilancia y control de otras superintendencias, por asignación expresa de tales funciones a éstas o cuando no se trate de sociedades vigiladas por la Superintendencia Bancaria o de Valores .

En consecuencia, en principio a esta oficina no le es dable pronunciarse sobre la legalidad de actos o contratos sociales.

Lo anterior, sin perjuicio de que la Superintendencia de Sociedades, en desarrollo de una actuación administrativa pudiese establecerse, con fundamento en el artículo 152 del Decreto 019 del 10 de enero de 2012, por solicitud de uno o más asociados representantes de no menos del diez por ciento del capital social o alguno de sus administradores, respecto de sociedades o empresas unipersonales o sucursales de sociedad extranjeras que a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior registren activos iguales o superiores a cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes o ingresos iguales o superiores a tres mil (3.000) salarios mínimos legales vigentes, que debe procederse a la adopción de las siguientes medidas:

“(...) 2 La orden para que se reformen las cláusulas o estipulaciones de los estatutos sociales que violen las normas legales. La solicitud respectiva deberá contener la relación de las normas que se consideren violadas y el concepto de violación. Del escrito correspondiente se dará traslado a la sociedad hasta por diez días al cabo de los cuales deberá tomarse la decisión respectiva.

Para tal fin la Superintendencia podrá convocar la asamblea o junta de socios u ordenar su convocatoria. (...)

La jurisprudencia, la Ley y la doctrina han propuesto diversos conceptos de cláusula abusiva.

La Corte Suprema de Justicia Colombiana ha considerado abusiva la cláusula que: A) no ha sido negociada de manera individual; B) Violenta la buena fe negocial; y C) genera un desequilibrio relevante de los derechos y obligaciones de las partes del contrato¹.

1 Corte Suprema de Justicia (2001), 2 de febrero. Expediente 5670, MP: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, citado por Rodríguez Yong Camilo Andres- Una aproximación a las cláusulas abusivas. Editorial Legis 2013 Primera Edición. Pág.49

2 Cámara De Comercio de Bogotá (2007,23 de febrero). Laudo Arbitral: Punto Celular Vs Comunicación Celular S.A.- Comcel S.A. En el caso de Adriana María Calderón Palacio Vs. Café Salud Medicina Prepagada S.A., en tribunal señalo que: “(...) La cláusula abusiva es aquella que, impuesta o dictada por la parte que detenta la posición fuerte o dominante y que por ello ostenta un preeminente poder de negociación, privilegia o favorece inequitativamente al predisponente en detrimento del adquirente lesionando con ello el normal equilibrio del contrato” CÁMARA DE Comercio de Bogotá (2002-15 de febrero). Citado por Rodríguez Yong Camilo Andres- Una aproximación a las cláusulas abusivas. Editorial Legis 2013 Primera Edición. Pág.50-51.

3 Citado por Rodríguez Yong Camilo Andres- Una aproximación a las cláusulas abusivas. Editorial Legis 2013 Primera Edición. Pág.52.

4 Rodríguez Yong, Camilo Andrés- Una aproximación a las cláusulas abusivas. Editorial Legis 2013 Primera Edición. Pág.52.

La Justicia Arbitral ha manifestado que: *“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 adquirente todo ello en detrimento del principio de celebración y ejecución de buena fe contractual y del normal y razonable equilibrio contractual.”*²

Desde el punto de vista legal el artículo 42 de la Ley 1480 de 2011 señala que: *“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 el que el consumidor puede ejercer sus derechos”*

Por su parte la doctrina ha definido cláusula abusiva como aquella que: *“(…) Contra de las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor o del adherente un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales, y que puede tener o no el carácter de condición general, puesto que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en los contratos de adhesión particulares (Rengifo, 2004, Pag.197)”*³



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

En palabras del Dr. Camilo Andrés Rodríguez: “(...) *esta puede definirse como aquella que, siendo redactada e impuesta por una de las partes del contrato, genera un desequilibrio significativo e injustificado en la relación contractual, como consecuencia del reconocimiento de prerrogativas irracionales o injustificadas en favor del predisponente, o cargas u obligaciones de la misma naturaleza en contra del adquirente.*”⁴

El Dr. Diego Omar Pérez Salas, en un estudio denominado “Cláusulas abusivas en el derecho privado colombiano” expresó lo siguiente: “*Las cláusulas abusivas constituyen el paradigma de protección a la parte débil en el derecho contractual moderno. Este instrumento es considerado como una protección formal ya que pone un límite en el proceso de formación del contrato. Este tipo de cláusulas ha presentado un desarrollo legal y doctrinal considerable en el derecho comparado, pero bastante escaso por no decir nulo, en el derecho colombiano.*”

La Dra. Yolima Prada Márquez, en su artículo “*De las Cláusulas abusivas*”,⁵ establece unas conclusiones determinantes para entender el concepto de las cláusulas abusivas, de las cuales se citan algunas así:

5 Prada Márquez, Yolima. “Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI,” Tomo IV, Volumen I. Editorial Temis, octubre de 2010. Páginas 336, 337 y 338

“(…) – La calificación de abusiva de una cláusula no puede hacerse a priori, ni de manera aislada o abstracta; ya que se debe analizar el contrato en toda su integridad, teniendo en cuenta su contexto, la naturaleza de las prestaciones, el interés de las partes y lo natural del negocio, entre otros aspectos.

- (...) pueden encontrarse en cualquier clase de contrato, sea de libre discusión o de adhesión, siendo más frecuentes en estos últimos.

-Nuestro ordenamiento permite el desequilibrio y la desigualdad en las prestaciones; por tanto, lo que se trata de evitar o subsanar son rupturas excesivas, importantes, injustificadas en la distribución natural de las obligaciones y los derechos en los contratos, principalmente en los conmutativos. (...)

-Se propone distinguir las cláusulas abusivas que tienen sanción propia por resultar inexistentes, ineficaces, o nulas en razón de una norma expresa que así lo previó, de las que gozan de una aparente licitud cuyo contenido es existente y válido pero que a la luz de los principios constitucionales como legales, resultan vejatorias al excluir elementos naturales o al incluir accidentales sin la debida explicación o justificación que compense dicha atribución, desconociéndose la función económica del contrato, las legítimas expectativas e intereses de las partes y lo natural del negocio.

-(...) Aunque no existe unanimidad en las sanciones que pueden aplicarse a las cláusulas vejatorias, la ineficacia podría ser la más ajustada a su análisis subjetivo, privándolas de sus efectos. Sin embargo en nuestro ordenamiento, dicha sanción requiere norma expresa que así lo autorice; luego no existiría fundamento legal para ello aunque respetados doctrinantes sostienen que su sustento se deriva del propio artículo 830 del Código de Comercio, dado lo anterior



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

la sanción más aproximada y ajustada sería, en nuestro concepto, la de la nulidad absoluta, sin perjuicio de explorar la posibilidad de un vicio del consentimiento por un estado de debilidad manifiesto lo que conduciría a la nulidad relativa, no obstante, consideramos que la nulidad de absoluta en lo posible parcial, para las cláusulas sin sanción determinada es la más acertada amparándose en principios legales de nuestros códigos como el de la buena fe, el de no abuso del derecho, el de la interpretación de las cláusulas ambiguas y el de los contratos conmutativos, entre otros y en principios de rango constitucional. (....)

En este sentido, también la Superintendencia de Sociedades en sede jurisdiccional, ha hecho algunos pronunciamientos, que se sugieren revisar la página web de esta Superintendencia en la siguiente dirección: www.supersociedades.gov.co, en el link de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles, allí podrá consultar algunos casos de abuso del derecho, demandados por la vía de la jurisdicción societaria, en ejercicio del derecho de voto, cuando este no se ejerce en interés de la compañía, sino con el propósito de causar un daño a la misma o a los socios, u obtener para sí una ventaja injustificada para quien ejerce el voto de manera abusiva o para un tercero, mediante el ejercicio de una acción de nulidad y de indemnización de perjuicios, de acuerdo con el artículo 24, numeral 5, literal e) de la Ley 1564 de 2012.

En este sentido, no existe un catálogo de cláusulas abusivas preestablecidas en contratos de sociedades, sino que su declaración corresponderá por vía administrativa o jurisdiccional previo análisis y estudio de todos los elementos y características que la doctrina y la jurisprudencia han decantado. Adicionalmente, no le corresponde a esta entidad hacer un estudio al acto o contrato de constitución y de las reformas a los mismos, función que podría afirmarse desapareció con el Decreto 2155 del 30 de diciembre de 1992, en el que, entre otros, se suprimió la función de otorgar permiso de funcionamiento a las sociedades comerciales vigiladas por esta Superintendencia.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los efectos descritos en los artículos 14 y 28 la Ley 1755 de 2015, no sin antes observar que en la Página WEB de la Entidad puede consultar directamente la normatividad, la doctrina, la Circular Básica Jurídica, así como la Guía del litigio societario que ilustra sobre las facultades jurisdiccionales de naturaleza societaria que esta Superintendencia ejerce por conducto de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles, y la compilación de la jurisprudencia proferida por ese despacho.