

ELEMENTOS DE DERECHO EUROPEO PARA LA CARACTERIZACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA CONTRATACIÓN

ELEMENTS OF EUROPEAN LAW FOR CHARACTERIZING ABUSIVE CONTRACTUAL CLAUSES

ELEMENTOS DO DIREITO EUROPEU PARA A CARACTERIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS NA CONTRATAÇÃO

JOAQUÍN ACOSTA-RODRÍGUEZ*
FERNANDO JIMÉNEZ-VALDERRAMA**

- * Abogado, Universidad Santo Tomás; especialización (DSU) en Derecho Comercial y Maestría (DEA) en Derecho Privado Universidad Paris II (Panthéon-Assas); candidato a doctor en Derecho Patrimonial y de los Negocios, Universidad Montesquieu IV (Burdeos). Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana. joaquin.acosta@unisabana.edu.co.
- ** Abogado, Universidad del Rosario; Maestría en Derecho de la Unión Europea de la Universidad Carlos III de Madrid y Doctor en Derecho de la Universidad de Salamanca. Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana. fernando.jimenez@unisabana.edu.co.

RECIBIDO: 29 DE JUNIO DE 2014. ENVÍO A PARES: 01 DE JULIO DE 2014
APROBADO POR PARES: 12 DE SEPTIEMBRE DE 2014. ACEPTADO: 5 DE OCTUBRE DE 2014

DOI: 10.5294/DIKA.2015.24.1.2

PARA CITAR ESTE ARTÍCULO / TO REFERENCE THIS ARTICLE / PARA CITAR ESTE ARTIGO
ACOSTA RODRÍGUEZ, JOAQUÍN Y JIMÉNEZ VALDERRAMA, FERNANDO, ELEMENTOS DE
DERECHO EUROPEO PARA LA CARACTERIZACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA
CONTRATACIÓN, EN DIKAION, 24-1 (2015), 12-35. DOI: 10.5294/DIKA.2015.24.1.2

RESUMEN

Existen algunos instrumentos en el derecho de los contratos para prohibir cláusulas abusivas en los acuerdos. Estos instrumentos provienen de la doctrina del abuso del derecho en el derecho continental europeo y recientemente de la doctrina de las cláusulas abusivas en los contratos. El derecho de la Unión Europea (Directiva del Consejo 93/13/ECC del 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos de consumo) permite la armonización de legislaciones nacionales en esta materia. Buena fe, desequilibrio significativo entre las partes, detrimento del consumidor, daños económicos al consumidor, equilibrio económico en el contrato son expresiones usadas para describir cuando una cláusula es abusiva y debe ser prohibida.

PALABRAS CLAVE

Cláusulas abusivas; protección del consumidor en la Unión Europea; buena fe contractual; desequilibrio económico; contratos; cláusulas prohibidas.

ABSTRACT

There are several instruments in contract law to prohibit abusive contractual clauses. These instruments come from the European Union law doctrine on “abuse of rights” and, more recently, the doctrine on abusive contractual clauses. European Union law (Council Directive 93/13 / ECC of 5 April 1993 on abusive clauses in consumer contracts) allows for the harmonization of national legislation on this issue. Good faith, significant imbalance between the parties, detriment to the consumer, harm to the consumer’s economic interests, and economic balance in the contract are some of the terms used to describe when a clause is unfair and should be prohibited.

KEYWORDS

Unfair clauses; consumer protection in the European Union; contractual good faith; economic imbalance; contracts; prohibited clauses.

RESUMO

Existem alguns instrumentos no direito dos contratos para proibir cláusulas abusivas nos acordos. Esses instrumentos provêm da doutrina do abuso do direito no direito continental europeu e, recentemente, da doutrina das cláusulas abusivas nos contratos. O direito da União Europeia (Diretiva 93/13/ECC do Conselho, de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas nos contratos de consumo) permite a harmonização de legislações nacionais nessa matéria. Boa-fé, desequilíbrio significativo entre as partes, detrimento do consumidor, danos econômicos ao consumidor, equilíbrio econômico no contrato são expressões usadas para descrever quando uma cláusula é abusiva e deve ser proibida.

PALAVRAS-CHAVE

Cláusulas abusivas; proteção do consumidor na União Europeia; boa-fé contratual; desequilíbrio econômico; contratos; cláusulas proibidas.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN; 1. LA LUCHA CONTRA LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA CONTRATACIÓN EN EL DERECHO EUROPEO; 1.1. DERECHO FRANCÉS; 1.2. OTROS DERECHOS EUROPEOS; 1.3. LA DIRECTIVA COMUNITARIA EUROPEA 93/13/CEE DEL 5 DE ABRIL DE 1993; 2. CARACTERIZACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA CONTRATACIÓN EUROPEA: REFERENCIA A LA VULNERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE BUENA FE Y DE EQUILIBRIO EN LOS CONTRATOS; 3. CONCLUSIÓN: APORTES DEL DERECHO EUROPEO PARA LA CARACTERIZACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN DERECHO COLOMBIANO; BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Cuando en los años sesenta, el movimiento de protección al consumidor logra comprometer de una manera directa a las autoridades políticas del mundo occidental en la necesidad de proteger a los consumidores, se empiezan a diseñar de manera profusa los distintos instrumentos de amparo de los derechos de esta “clase social” que se considera débil en la contratación. Nuestra Corte Constitucional ha entendido esta pluralidad de mecanismos correctivos afirmando en reiteradas sentencias el carácter poliédrico de las instituciones del derecho del consumidor.¹

En efecto, el artículo 78 de la Constitución Política colombiana establece una protección especial al consumidor;² el numeral 1º del artículo 95 superior dispone que son deberes de la persona y del ciudadano “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”;³ de igual manera, el artículo 333 de la Carta le ordena al Estado colombiano sancionar los abusos de posición dominante que cualquier persona efectúe en el mercado nacional.⁴ Estas disposiciones confirman que la teoría del abuso del derecho y de la protección al consumidor han tenido repercusiones constitucionales en el ordenamiento colombiano.⁵

1 V. gr. sentencia C-1141/00.

2 Artículo 78 CP: “La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos”.

3 La disposición citada encabeza el capítulo 5 —dedicado a los deberes y las obligaciones— del título II de la Constitución Política, a su vez consagrado a los derechos, las garantías y los deberes.

4 Artículo 333 CP: “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”. Esta disposición hace parte del título 12 de la Carta, dedicado al régimen económico y de hacienda pública.

5 Véase en tal sentido G. Rengifo, “Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

Particularmente, en este conjunto normativo se destaca el tratamiento intenso que se les ha dado a las llamadas “cláusulas abusivas” en la contratación. Si bien estos instrumentos no son absolutamente novedosos, en cuanto ya existían avances importantes en materia de abuso del derecho en los contratos, sí debemos afirmar que la configuración actual despliega un amplio ámbito de protección integral para el consumidor y para los contratantes en general que indudablemente ha alterado las inveteradas instituciones que regulaban los contratos hasta nuestros días.

Ahora bien, si de un lado la noción de abuso del derecho ha generado consecuencias en el derecho de contratos⁶ —régimen colombiano incluido⁷—, el valor normativo supremo de la Constitución Política,⁸ las disposiciones constitucionales mencionadas y la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁹ han impulsado a nuestra Corte Suprema de Justicia a luchar contra las cláusulas abusivas en la contratación.¹⁰

Esta iniciativa de la alta jurisdicción constitucional promovió la expedición de normas en la materia, si bien de manera dispersa,¹¹ aunque en un primer momento de ninguna manera bajo un régimen general unificado sobre las cláusulas abusivas.¹² Es la jurisprudencia la que, con anterioridad a las normas vigentes de consumo, ha aclarado que dichos acuerdos deben ser privados de eficacia, con independencia de que se trate de un contrato de consumo o adhesión. Así las cosas, es claro que incluso en acuerdos de libre discusión o celebrados entre profesionales, el juez de conocimiento debe proteger a la parte que puede ser objeto de abuso.

A partir de las fuentes jurídicas vigentes antes indicadas, queda claro que las cláusulas que generen “desequilibrios significativos” deberán ser declaradas abusivas. Sin embargo, el significado, el alcance y el método para caracterizar este tipo de

6 Véase en tal sentido Ph. Stoffel-Munck, «L'abus dans le contrat, essai d'une théorie», LGDJ, 2000.

7 Ejemplo de la recepción normativa de la teoría del abuso en materia contractual es el artículo 1280 de nuestro Código de Comercio: “En todos los casos de revocación abusiva del mandato, quedará obligado el mandante a pagar al mandatario su remuneración total y a indemnizar los perjuicios que le cause”.

8 Artículo 4 CP: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”.

9 Aparte la jurisprudencia constitucional precitada *adde v. gr.* sentencia T-406/92, sentencia C-224/94, sentencia C-083/95, sentencia C-332/00, sentencia C-491/00, o sentencia C-332/01.

10 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 2 de febrero de 2001, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.

11 Merecen ser mencionadas las siguientes disposiciones nacionales a título de ejemplo: Ley 142 de 1994 (art. 133) en materia de contratos de servicios públicos domiciliarios; en el ámbito de los contratos financieros destacan los decretos 1084/81 (art. 7), 721/87 (art. 8), 1730/91 (art. 2.1.2.3.9) y 663/93 (art. 98, modificado por la ley 795 de 2003). Igualmente el artículo 100 (num. 3) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero consagró para el contrato de seguro la prohibición de estipular cualquier formalidad que no se encuentre establecida en la ley para exigir el pago de las obligaciones emanadas de tales acuerdos. Finalmente, debe mencionarse el capítulo III de la Ley 1480/11 (Estatuto de Protección del Consumidor) dedicado a las cláusulas abusivas en los contratos de consumo.

12 J. Gual, “El control sobre las cláusulas abusivas, un régimen en evolución”, en *Revista Iusta*, 30, 2009, pp. 15 y ss.

desequilibrios es materia de álgidos debates y, en general, incertidumbre jurídica entre los contratantes del territorio nacional.

Atendiendo la importancia de la materia que así enunciamos, pretendemos en este artículo realizar una revisión general del derecho europeo y su tendencia unificadora, en relación con la caracterización que debe tener este tipo de acuerdos prohibidos. Desde esta perspectiva de unificación, indudablemente es relevante asumir con mayor detalle el análisis de la normativa comunitaria europea sin olvidar los derechos nacionales o internos de los Estados miembros, así como los distintos proyectos de ley en trámite y los instrumentos internacionales que propenden a una unificación del derecho de las obligaciones y de los contratos en el ámbito europeo.

Esperamos que estos elementos, aunque sintéticos, sirvan en la difícil tarea de delimitar conceptualmente las denominadas cláusulas abusivas y plantear las alternativas de interpretación y *de lege ferenda* del sistema establecido en la Ley colombiana 1480 de 2011, que da vigencia al Estatuto del Consumidor.

1. LA LUCHA CONTRA LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL DERECHO EUROPEO

La noción de cláusula abusiva se ha construido sobre el cuestionamiento a la doctrina de la autonomía de la voluntad.¹³ Ya Josserand, al comienzo del siglo XX, predicaba que la teoría del abuso del derecho podía aplicarse en materia contractual y concretamente al momento de interpretar las cláusulas en un contrato.¹⁴

Por otro lado, podríamos afirmar que la lucha contra las cláusulas abusivas ha sido un fenómeno transnacional.¹⁵ Así, la noción de *Unconscionable clause* es conocida en Estados Unidos desde 1962: el *Uniform Commercial Code* le permite al juez anular cualquier cláusula que le parezca abusiva.¹⁶ En Europa, Suecia en 1971, Reino Unido en 1973, Dinamarca en 1974 y Alemania en 1976 han promulgado leyes especiales en la materia.¹⁷

13 J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Les Obligations*, 1. *L'acte juridique*, 15^e éd., 2012, por J.-L. Aubert y E. Savaux; 2. *Le fait juridique*, 14^e éd., 2011, por J.-L. Aubert y E. Savaux; 3. *Le rapport d'obligation*, 8^e éd., 2013, por J. Flour, J.-L. Aubert y E. Savaux Dalloz, pp. 126 y 185 ss.; J. Carbonnier, *Droit Civil*, t. IV, Les obligations, Paris, PUF Thémis, 22^e ed., 2000, p. 6; para el carácter eminentemente político de determinadas defensas del consumerismo, véase J. Beauchard, «Remarques sur le code de la consommation», en *Mélanges Cornu*, PUF, 1994, p. 9, n. 13.

14 L. Josserand, «La thèse de l'abus des droits appliquée à l'interprétation des clauses particulières d'un contrat», en *Revue générale des assurances et des responsabilités*, 1929, pp. 472 ss.

15 Cfr. A. Karimi, «Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit», Paris, LGDJ, 2001, 6, p. 3.

16 Th.-M. Bourgoigne, «Les clauses abusives et le concept d'unconscionability en droit américain», en *Rev. dr. int. et dr. comp.*, Bruxelles, 1977, p. 79. Sobre la noción de «Unconscionability», véase Alexander J. Black, «Undue Influence and Unconscionability in Contracts and the Equitable Remedy of Rescission in Canada», en *New England Journal of International and Comparative Law*, 17 (2011), p. 47; en derecho estadounidense a la luz de la doctrina francesa, véase A. Levasseur, (dir.), *Droit des États-Unis*, Dalloz, 1990, p. 143.

17 I. Lamberterie de, A. Rieg, D. Tallon, «Rapport général», en *Les clauses abusives et le consommateur*, RIDC, 1982, pp. 1059 s., spéc. p. 1093.

En el ámbito comunitario europeo, los esfuerzos implementados para eliminar las cláusulas abusivas son igualmente considerables.¹⁸ “El principio de una política de protección y de información de los consumidores”, propende especialmente a la lucha contra las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. Este ha sido reconocido por el Consejo de las Comunidades Europeas desde el 14 de abril 1975.¹⁹ El comité de ministros del Consejo de Europa adoptó, el 16 de noviembre de 1976, la Resolución (76) 47 que incita a los Estados miembros a actuar eficazmente contra las cláusulas abusivas. Esta Resolución contiene como anexo una lista bastante detallada de esas cláusulas.²⁰ La adopción de la Directiva 93/13 del Consejo de las Comunidades Europeas del 5 de abril de 1993²¹ constituye el apogeo de la lucha del derecho comunitario contra las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores.²²

1.1 Derecho francés

En el caso particular de Francia, la Ley 78-23 del 10 de enero de 1978,²³ relativa a la protección y la información de los consumidores de productos y de servicios (arts. 35 a 38) seguida por su decreto reglamentario 78-464 del 24 de marzo de 1978,²⁴ estableció un sistema bastante particular:²⁵ mientras que el proyecto original de ese texto confiaba al juez la misión de caracterizar y eliminar, caso por caso, las cláusulas abusivas, la ley reservó en su redacción definitiva esa función exclusivamente al poder reglamentario.

Una cláusula solo podía ser declarada abusiva si había sido declarada como tal por un decreto.²⁶ Teniendo en cuenta que los gobiernos sucesivos ejercieron con una extrema parsimonia el poder conferido, la Corte de Casación se dispuso a remediar

18 A. Karimi, “Les clauses abusives et la théorie de l’abus de droit”, *op. cit.*, n 7, p. 4.

19 JOCE, n 92, 25 avr. 1975, p. 1.

20 Sobre la presentación y el comentario de esta lista, véase “Consommateurs Actualité”, publicado por el Institut National de la Consommation, n 118, 31 mars 1977. J. Ghestin, C. Jamin, M. Billiau, *Traité de droit civil - Le contrat: Formation*, 4^e éd., 2013, n 611 s.

21 JOCE n L. 95/29, 21 avr. 1993; JCP 1993, III, 66199.

22 J. Ghestin, I. Marchessaux-Van Melle, “L’élimination des clauses abusives en droit français à l’épreuve du droit communautaire”, REDC, 1993, p. 67; J. Huet, “Propos amers sur la directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives”, JCPE, 1994, I, 309; Esperiquette, (M), “La législation communautaire des contrats conclus avec les consommateurs”, en *Contr. conc., consom.*, nov.-déc. 1993, pp. 7 ss.; G. Paisant, “Propositions pour une réforme du droit des clauses abusives”, JCP, 1994, I, 3773; M. Tenreiro “Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs”, en *Contr. conc., consom.* 1993, chron. 7; K.-G. Weil, F. PUIS, “Le droit allemand des conditions générales d’affaires revu et corrigé par la directive communautaire relative aux clauses abusives”, RIDC, 1994, pp. 125 ss.; F. Sage, “Le droit français au regard de la directive 93/13 du conseil des communautés européennes du 5 avril 1993”, *Gaz. Pal.* 28 y 29 oct. 1994, p. 2.

23 JO Sénat 11 janv. 1978, p. 301; D. 1978, I, p. 86. Para los trabajos preparatorios, véase Sénat, doc. 306 y 376. Rapport J. Proriot en nombre de la “Commission des Affaires Economiques et du Plan, annexe au PV, séance du 16 juin 1977”; *ibid.*, n 10, Rapport J. Thyraud en nombre de la “Commission de Législation, annexe au PV séance du 13 oct. 1977”. Para los debates parlamentarios, véase JO Sénat CR 14 oct. 1977; *ibid.*, 19 déc. 1977.

24 JO 1^{er} avr. 1978, p. 412; JCP 1978, ed. G. III, 47152.

25 F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz, 11^e éd., 2013, n 320.

26 La doctrina francesa es abundante, véase G. Brière de L’isle, “Droit commun et clauses abusives”, RDI janv.-mars 1981; O. Carmet, “Réflexions sur les clauses abusives au sens de la loi du 19 janvier 1978”, RTD civ. 1982.1; J.-P. Gridel, “Remarques de principe sur l’article 35 de la loi du

esta carencia. A tal efecto, reconoció a los tribunales el poder para declarar abusiva una cláusula, tomando apoyo directamente en la ley.²⁷

Desde entonces, numerosas tentativas legislativas han marcado la historia francesa de las cláusulas abusivas. La Ley 88-14 del 5 de enero de 1988, autoriza a las asociaciones de consumidores a demandar ante los tribunales la supresión de las cláusulas abusivas.²⁸ El artículo 9 del proyecto de ley Neiertz (convertido en la Ley 92-60 del 18 de enero de 1992) abandonado posteriormente por los parlamentarios, que tenía como objetivo aumentar los poderes de los jueces en materia de cláusulas abusivas, representó otro esfuerzo legislativo en este ámbito.²⁹ Conviene añadir a esta lista el Decreto 93-314 del 10 marzo de 1993, que autoriza al juez a solicitar a la comisión de cláusulas abusivas su concepto sobre el carácter abusivo de una cláusula examinada con ocasión de un litigio.³⁰ El Código francés del consumo (*Code de la consommation*),³¹ retomando los textos preexistentes, consagra en adelante el capítulo II del título III de su primer libro, precisamente dedicado a las cláusulas abusivas.

Con posterioridad al *Code de la consommation*, se sucedieron iniciativas legislativas. Un proyecto de ley, adoptado en Consejo de Ministros el 12 de octubre de 1994,³² le solicitó al legislador algunas modificaciones en aras de la adecuación del derecho francés al derecho comunitario. Ese proyecto fue discutido el 15 de noviembre de 1994 en el Senado y el 10 de enero de 1995 en la Asamblea Nacional en primera lectura. Las dos asambleas lo adoptaron sucesivamente en segunda lectura el 17 de enero de 1995. El texto promulgado, que constituyó en adelante la Ley 95-96 del 1 de febrero de 1995,³³ modifica varias disposiciones del *Code de la consommation* en

10 janvier 1978", D. 1984, Chron. 185; J. Huet, "Les hauts et les bas de la protection contre les clauses abusives", JCP 1992.II.3592.

27 Civ. 1^{re}, 14 mai 1991, d. 1991.449, note J. Ghestin, D. 1991. Somm. 320, obs. J.-L. Aubert, JCP 1991.II.21763 note G. Paisant, Contr. conc., consom. 1991, n 160, obs. L. Leveneur, Defr. 1991. 1268, obs. J.-L. Aubert, RTD civ. 1991.52, obs. J. Mestre; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, obligations –contrats spéciaux*, Paris, 2000, t. 2, n 159.

28 J. Calais-Auloy, "Les actions en justice des associations de consommateurs", D. 1988, Chron. 193; G. Paisant, "Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives", D. 1988, Chron. 253; G. Viney, "Un pas vers l'assainissement des pratiques contractuelles", JCP 1988, ed. G., I, 3355.

29 JOAN, CR 17 déc. 1991, p. 8097.

30 Sobre ese decreto, véase Y. Chartier, "La réforme de la commission des clauses abusives", JCP 1993, actual. 15.

31 La Ley 93-949 del 26 julio de 1993, relativa al Código del Consumo (partie législative): JO, 27 juill. 1993. Sobre este código, cfr. Pizzio, (J.-P.), "Code de la consommation commenté", Montchrestien, 1995.

32 JO Sénat, CR 17 janv. 1995, p. 462.

33 JO 2 févr. 1995, p. 1755 s.; J. Adde, Ghestin, I. Marchessaux-Van Melle, "Aperçu rapide sur la loi n 95-96 du 1^{er} février 1995 en ce qu'elle concerne les clauses abusives et la présentation des contrats", JCP 1995, n 12, y "L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi n 95-96 du 1^{er} février 1995", JCP 1995, ed. G., I, 3854 y ed. E., I, 481; Paisant, "Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n 95-96 du 1^{er} février 1995", D. 1995, Chron. p. 99; A. Karimi, "Les modifications des dispositions du code de la consommation concernant les clauses abusives par la loi n 95-96 du 1^{er} février 1995", PA 1995, n 54, p. 4; G. Raymond, Contr. conc., consom. 1995, comm. 55 y 56; J. Mestre, note sous la loi n 95-96 du 1^{er} février 1995, RTD civ. 1995, p. 360; E. Petit, "Clauses abusives, présentation et interprétation des contrats –transposition de la directive communautaire: la loi du 1^{er} février 1995", RED consom. 1995, pp. 59 s. y "La loi du 1^{er} février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial",

materia de cláusulas abusivas, incluyendo su artículo 132-1. Esta ley amplía la definición de cláusula abusiva dada por esta última norma. Finalmente, le confía al juez el poder de declarar abusiva una cláusula sin que haya necesidad de prohibición previa de un decreto del Consejo de Estado.³⁴

Esta ley ha incluso añadido al *Code de la consommation* algunas disposiciones nuevas, tales como las que establecen una lista ilustrativa de cláusulas abusivas, las relativas a la interpretación más favorable posible al consumidor en caso de duda sobre el sentido de las cláusulas oscuras y las que precisan una regla de conflicto de leyes.

Adicionalmente, debemos mencionar las recomendaciones emitidas por la comisión de cláusulas abusivas que, a pesar de su carácter indicativo (doctrinal), comportan alguna autoridad, debiéndose añadir a la lista de esfuerzos desplegados en este ámbito en el derecho francés.

La Ley del 4 de agosto de 2008, denominada de modernización de la economía, ha aportado importantes enmiendas, como el fortalecimiento de la protección del consumidor o no profesional o la ampliación del ámbito de aplicación de las cláusulas abusivas a las relaciones entre profesionales.³⁵ Otras transformaciones se anuncian.³⁶ Consecuencia de las intervenciones anteriores, la densidad textual del artículo L. 132-1 ha aumentado considerablemente, sin que por ello sus disposiciones aporten respuestas claras a los interrogantes generados a raíz de la necesidad de identificar y erradicar las cláusulas abusivas al tiempo que se generaría el riesgo de permitir la arbitrariedad judicial por perseguir tal objetivo mediante normas tan imprecisas.³⁷

1.2 Otros derechos europeos

Numerosos Estados europeos tienen una legislación relativa a las cláusulas abusivas, la cual igualmente se aplica incluso cuando ninguna de las partes es un consumidor.³⁸ En Europa, incluso con anterioridad a la promulgación de la Directiva

Lamy Économique, févr. 1995, n 70, pp. 4 s.; D. Mazeaud, "La loi du 1^{er} février 1995 relative aux clauses abusives: véritable réforme ou simple réformette ?", Dr. et patrimoine juin 1995, p. 42 s.; E. Bazin, "La nouvelle protection contre les clauses abusives", en *Rev. Huisseries*, 1995, p. 523, spéc. n 14; Danglehant, (C.), "Commentaire de la loi n 95-96 du 1^{er} février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats", ALD 1995, comm. légis., p. 127 s.

34 A. Karimi, "Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit", *op. cit.*, 3, p. 3.

35 Véase en ese sentido la crónica de Y. Martin-Lavigne, en <http://www.journaldunet.com/management/expert/33484/la-loi-lme-precise-la-notion-de-clauses-abusives-entre-professionnels.shtml>

36 Un proyecto de directiva relativa a los derechos de los consumidores, cuyo objetivo es "la armonización completa" de las reglamentaciones en materia de protección, ha sido publicado por la Comisión el 8 de octubre de 2008. Sobre tal texto véase S. Wittaker, "Clauses abusives et garanties des consommateurs", D. 2009.1152.

37 F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n 320.

38 Véase en tal sentido J. Gual, "El control sobre las cláusulas abusivas, un régimen en evolución", en *Revista Iusta*, 30 (2009), pp. 15 ss.

relativa a las cláusulas abusivas, algunos países ya les otorgaban a los particulares una acción en justicia contra este tipo de cláusulas en el ámbito del control sobre las condiciones generales en los contratos de adhesión.³⁹ Aún más, con frecuencia tales legislaciones no se aplican exclusivamente a los contratos celebrados con los consumidores.⁴⁰

El derecho alemán ha optado por el sistema de listas gris y negra de cláusulas, en las cuales respectivamente, o se presumen ser abusivas hasta que se pruebe en contrario⁴¹ o serán consideradas de pleno derecho como abusivas,⁴² si bien este listado solo aplica para los contratos celebrados con los consumidores y no respecto de los contratos comerciales celebrados entre personas que obran en el ejercicio de su profesión;⁴³ pero la disposición general del parágrafo 9 se aplica a todos los contratos salvo determinadas categorías indicadas por el parágrafo 23 (1).

En consecuencia, en Alemania se puede aplicar por analogía las listas gris y negra en aplicación del parágrafo 9 a los acuerdos que no son propiamente de consumo.⁴⁴ En Holanda, los artículos 6:231 a 6:247 BW se aplican a todas las condiciones generales, pero bajo el sistema de lista negra⁴⁵ y gris⁴⁶ en favor de los consumidores y las pequeñas empresas. El Decreto-ley portugués 446/85 del 25 de octubre de 1985, tiene dos listas negras y dos grises; en cada caso, una se aplica a los contratos celebrados con los consumidores.⁴⁷ El derecho austriaco dispone de reglas específicas para los contratos celebrados con los consumidores en la ley de protección de los consumidores del 8 de marzo de 1979,⁴⁸ que también implementa una lista negra, y una disposición general en el parágrafo 879 ABGB. Algunos países europeos contienen una legislación que puede aplicarse a las cláusulas que han sido objeto de una negociación individual, si ellas corresponden a una tipología determinada.⁴⁹

39 V. gr. el parágrafo 36 de las leyes nórdicas de contratos; la Ley Scrivener del 10 de junio de 1978 en Francia; la Ley del 25 de agosto de 1983 en Luxemburgo; en Bélgica los artículos 31 y ss. de la Ley de Pratiques commerciales et la protection du consommateur du 14 juill. 1991.

40 V. gr. la ley alemana de condiciones generales de los contratos (AGBG) de 1976.

41 Parágrafo 10.

42 Parágrafo 11.

43 O. Lando, I. de Lamberterie, D. Tallon, C. Witz, *Principes du droit européen du contrat*, Paris, SLC, 2003, p. 230.

44 Véase *Münchener Kommentar* (-Kötz) 1, AGBG § 9, n. 18-19; BGH 8 de marzo de 1984; BGHZ 90.273, 278; 3 de marzo de 1988, BGHZ 103.316, 328; 25 oct. de 1995, NJW 1996.389, citados en O. Lando, I. de Lamberterie, D. Tallon, C. Witz, *Principes du droit européen du contrat*, op. cit., p. 230.

45 Artículo 6:236.

46 Artículo 6:237.

47 Artículos 21 y 22.

48 BGBI 1979/85.

49 Véase artículo 1341 (2) del Código Civil italiano y el artículo 1135-1 del Código Civil de Luxemburgo, que disponen que determinadas cláusulas solo son válidas si ellas son aceptadas expresamente mediante firma aparte. La Unfair Contract Terms Act de 1977, así como la Sale of Goods and Supply of Services Act irlandesa de 1980, se aplican a diversos tipos de cláusulas de exclusión o limitación de responsabilidad, incluso si ellas han sido objeto de negociación individual.

1.3 La Directiva comunitaria europea 93/13/CEE del 5 de abril de 1993

La Directiva 93/13/CEE, del 5 de abril de 1993, armonizó la legislación de la Unión Europea en la materia⁵⁰ modificando todo el derecho contractual de los Estados miembros. El derecho del consumo de las cláusulas abusivas comparte una comunidad de objetivos con el derecho de contratos y, en este sentido, es posible implementar aproximaciones entre estos dos ámbitos del derecho para llegar a un objetivo común.⁵¹

Esta disposición normativa es sin duda uno de los textos comunitarios de derecho privado que, hasta la fecha, provoca el mayor número de estudios doctrinales en la materia.⁵² Varios argumentos se han propuesto para explicar este auge. Así, se ha planteado que la notoriedad de la Directiva obedece a su repercusión sobre las legislaciones internas⁵³ e incluso al hecho de que “toca el corazón de los contratos”⁵⁴ y debería ser considerada, por lo tanto, como una disposición importante para una futura armonización del derecho de contratos.⁵⁵ El interés considerable otorgado a esta Directiva⁵⁶ ha determinado, de manera especial, que la doctrina estime mayoritariamente que su texto haya ejercido una influencia cuando menos relativa sobre algunos derechos nacionales, y en especial sobre los derechos alemán, inglés y francés.⁵⁷

50 De esta manera, Alemania había organizado la lucha contra ese tipo de cláusulas en una ley del 9 de diciembre de 1976, dedicada a las condiciones generales de los contratos (Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbesigungen) donde uno de sus objetivos es la represión de los abusos de la libertad contractual. Véase F. Ferrand, *Droit privé allemand*, Précis Dalloz, 1997, n. 661 s. En el Reino Unido, un texto relativo a las cláusulas desleales en los contratos, la Unfair Contract Terms Act, fue adoptado en 1977.

51 Ph. Stoffel-Munck, “L’abus dans le contrat, essai d’une théorie”, LGDJ, 2000, n. 367.

52 E. Poillot, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, LGDJ, Paris, 2006, n. 268, p. 136.

53 A. De Matos, “Les contrats transfrontières conclus par les consommateurs au sein de l’Union européenne”, PUAM, 2001, n. 573, p. 344.

54 J. Ghestin, I. Marchessaux-Van Melle, “L’application en France de la Directive visant à éliminer les clauses abusives après l’adoption de la loi n. 95-96 du 1er février 1995”, JCP 1995, I, 3854.

55 *Ibid.*

56 Este impacto puede ser particularmente medido a la luz de los numerosos comentarios que han acompañado a los diferentes proyectos de directivas y finalmente su promulgación. Se puede así citar, entre otros, en idioma francés, G. Paisant, “Propositions pour une réforme du droit des clauses abusives après la directive du 5 avril 1993”, JCP 1994, I, 3772; J. Huet, “Propos amers sur la directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives”, JCPE 1994, I, 309; M. Trochu, “Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs”, D. 1993, chron. p. 317; J. Ghestin, I. Marchessaux-Van Melle, “L’élimination des clauses abusives en droit français à l’épreuve du droit communautaire”, REDC, 1993, pp. 67 ss.; M. Esperiquette, “La législation communautaire des contrats conclus avec les consommateurs”, *Rev. conçu. consom.*, 1993, nov.-déc., pp. 7 ss.; M. Tenreiro, “Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (directive n. 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993)”, *Contr. conc., consom.*, juill. 1993, p. 1 s.; T. Wilhelmsson, “La proposition de directive sur les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs – une perspective nordique”, REDC, 1992, pp. 59 ss.; G. Paisant, “Brèves remarques sur la proposition de directive du 24 juillet 1990 relative aux clauses abusives”, *Contr. conc., consom.*, mars 1991, pp. 1 s. Estimando, por el contrario, que las disposiciones emanadas de la ley francesa de transposición de la directiva obedecen a una filosofía diferente a la del derecho anterior, véase F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n. 319 ss.

57 G. Meilhac-Redon, “Les clauses abusives à l’épreuve de l’harmonisation, étude comparative des droits français, anglais et allemands”, th. dactyl., Lyon III, 2001.

2. CARACTERIZACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA CONTRATACIÓN EUROPEA: REFERENCIA A LA VULNERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE BUENA FE Y DE EQUILIBRIO EN LOS CONTRATOS

El criterio empleado por los diversos ordenamientos jurídicos para determinar si una cláusula es abusiva o no varía en su formulación entre los diversos sistemas europeos: “desproporción manifiesta”,⁵⁸ “buena fe y perjuicio irrazonable”⁵⁹ y “principio de lealtad y razonabilidad”.⁶⁰

En su artículo 3, la Directiva 93/13/CEE define las cláusulas abusivas como aquellas que “pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”.

Si se hace abstracción de la referencia a la buena fe, la cual el legislador francés sabiamente habría omitido por cuanto tal noción nada aportaría en términos de protección y, por el contrario, daría innecesariamente lugar a un mayor margen de inseguridad jurídica,⁶¹ el criterio retenido por el artículo L. 132-1 del *Code de la consommation* es el fiel reflejo del utilizado por el derecho comunitario europeo.⁶²

De lo anterior resulta un cambio notable en relación con el derecho francés anterior. La Ley del 10 de enero de 1978 consideraba en efecto, como abusivas, las cláusulas que aparecían impuestas a los no profesionales o consumidores en virtud de un abuso de posición económica dominante del profesional y que confería a este un beneficio excesivo. La cualificación francesa de cláusula abusiva suponía entonces la reunión de dos elementos, el *abuso de posición económica dominante* y el *beneficio excesivo*. A partir del *Code de la consommation*, solo subsiste el segundo de los requisitos mencionados, esto es, el *beneficio excesivo se convierte en desequilibrio significativo*.⁶³

A pesar de algunos conceptos en contrario,⁶⁴ en la práctica la diversidad de formulaciones normativas en el derecho europeo no puede conducir a resultados

58 V. gr. § 9 AGBG.

59 Leyes nórdicas de contratos.

60 Unfair Contract Terms Act de 1977.

61 D. Mazeaud, *Dr. et patrim.*, juin 1995, p. 47.

62 F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, op. cit., n. 324, p. 364.

63 En la medida en que la terminología “desequilibrio significativo” sea la traducción adecuada de la expresión inglesa *significant imbalance*.

64 V. gr. F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, op. cit., n. 324, p. 364 ss., para quienes la noción de *avantage excessif* imponía al juez hacer abstracción de la economía del contrato al momento de analizar el carácter excesivo de la cláusula, mientras que la expresión *déséquilibre significatif* impondría un análisis más allá del simple equilibrio jurídico del contrato, refiriéndose también a las circunstancias económicas; véase además E. Poillot, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, op. cit., n. 268, p. 136, quien encuentra tal acercamiento engañoso; H. Aubry, “L’influence du droit communautaire sur le droit français des contrats”, PUAM, 2002, n. 112; por su parte, considera conveniente moderar la incidencia del

diferentes a los de la Directiva europea en virtud de su propósito armonizador de legislaciones de este instrumento de derecho comunitario.⁶⁵ Aún más, algunas legislaciones recientes han adoptado expresamente la terminología de la Directiva,⁶⁶ así como las codificaciones doctrinales más influyentes en la materia.

El artículo 4:110 PDEC se refiere específicamente a la cuestión de las cláusulas abusivas, estableciendo que una cláusula puede ser anulada si, *contrariamente a las exigencias de la buena fe, ella crea un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, habida cuenta de todas las circunstancias que han rodeado la celebración del contrato.*⁶⁷ De esta manera, este artículo retoma los términos de la Directiva 93/13 del 5 de abril de 1993,⁶⁸ si bien se abstiene de limitar el ámbito de las cláusulas abusivas a los acuerdos celebrados con los consumidores.⁶⁹

A diferencia de la Directiva, el artículo 4:110 no incluye una lista de cláusulas por considerar como abusivas. Sin embargo, esta ausencia de lista no impediría interpretar el artículo 4:110 teniendo en cuenta el anexo de la Directiva comunitaria europea, que incorpora la lista mencionada.

Por su parte, el artículo 1122-2 del anteproyecto de reforma al derecho francés de obligaciones,⁷⁰ así como el artículo 30.5 del anteproyecto de Código Europeo

derecho comunitario en lo referente a la sustitución de la noción de *déséquilibre significatif* por la de *avantage excessif*, ya que este implica un *déséquilibre significatif* entre las prestaciones: así ambas nociones se complementan a la hora de caracterizar como abusiva una cláusula; cfr. Ph. Stoffel-Munck, "L'abus dans le contrat, essai d'une théorie", LGDJ, 2000, n. 363, quien resalta que se ha afirmado que la sustitución efectuada es puramente formal y exclusivamente destinada a retomar la terminología propia de la directiva europea que la Ley de 1995 tenía como objetivo trasponer.

65 Véase en tal sentido O. Lando, I. de Lamberterie, D. Tallon, C. Witz, *Principes du droit européen du contrat*, op. cit., p. 231.

66 V. gr. artículo L. 132-1 C. cons.: *déséquilibre significatif*; *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* de 1994: *significant imbalance*.

67 Artículo 4: 110 PDEC: "Cláusulas abusivas no negociadas individualmente: (1) Una cláusula que no se haya negociado de manera individual y que cause, en perjuicio de una parte y en contra de los principios de la buena fe, un desequilibrio notable en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato, puede anularse por la parte afectada, atendidas la naturaleza de la prestación debida, los demás términos del contrato y las circunstancias del momento en que se celebró el mismo. (2) Este artículo no se aplica: (a) A una cláusula que concrete el objeto principal del contrato, siempre que tal cláusula esté redactada de manera clara y comprensible. (b) A la adecuación entre el valor de las obligaciones de una y otra parte". *Rappr.* al. 5, art. L. 132-1 C. cons.: "[...] le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre".

68 JOCE 21 avr. L 95/29.

69 La doctrina señala que esta disposición extiende la aplicación de la fórmula general de la Directiva europea, únicamente aplicable a los contratos celebrados con los consumidores, a todos los contratos entre particulares y los contratos comerciales. V. O. Lando, I. de Lamberterie, D. Tallon, C. Witz, *Principes du droit européen du contrat*, op. cit., p. 226.

70 Artículo 1122-2: "Cependant, la clause qui crée dans le contrat un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties peut être révisée ou supprimée à la demande de celle-ci, dans les cas

de contratos,⁷¹ son cercanos, al menos en su espíritu, al artículo 4:110 PDEC.⁷² En efecto, existen puntos comunes entre esas disposiciones: en primer lugar, el uso de la expresión “desequilibrio significativo”; igualmente, la referencia a las cláusulas no negociadas; finalmente, el objetivo de impedir la generalización de la lesión.⁷³

Existen, por otro lado, algunas diferencias entre los PDEC y el anteproyecto francés. El anteproyecto no hace la menor referencia a la buena fe, al mismo tiempo que permite la posibilidad de revisión de la cláusula. Igualmente, no reduce las cláusulas abusivas de manera exclusiva a operaciones de consumo.

En este punto, conviene anotar que la Directiva comunitaria europea ha sido criticada por la generalidad de sus disposiciones, de suerte que se ha afirmado que esta norma solo se limita a establecer un principio de prohibición contra las cláusulas abusivas y añadirle una lista indicativa de cláusulas manifiestamente injustas, denunciadas de manera dispersa.⁷⁴

Este reproche podría también hacerse al resto de disposiciones que promueven la uniformidad jurídica en esta materia. En este sentido podríamos afirmar que los *Principes contractuels communs*,⁷⁵ cuando integran la buena fe como criterio de caracterización de abuso contractual, entran en un terreno impreciso,⁷⁶ con los respectivos inconvenientes —entre otros probatorios— que genera esta ambigüedad. En efecto, los comentarios de los PDEC no suministran ninguna explicación sobre este punto, las anotaciones solo se limitan a tratar la temática en derecho comparado.⁷⁷

où la loi la protège par une disposition particulière, notamment en sa qualité de consommateur ou encore lorsqu'elle n'a pas été négociée”.

71 Artículo 30.5: “En los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor, salvo lo previsto por las normas comunitarias, las cláusulas que no hayan sido objeto de discusión entre las partes carecerán de efectos si dan lugar a un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes derivado del contrato en perjuicio del consumidor, incluso si el profesional actúa de buena fe” (trad. elaborada dentro del Proyecto BJU2000-1021, del Ministerio de Educación y Ciencia de España, dirigido por el Prof. Gabriel García Cantero).

72 Véase en tal sentido G. Wicker, *Principes contractuels communs, Projet de Cadre commun de référence* (dir. en collaboration avec B. Fauvarque-Cosson, D. Mazeaud et J.-B. Racine), SLC, 2008, p. 368.

73 Cfr. artículo 1122-1, Avant-projet français: “Le défaut d'équivalence entre les prestations convenues dans un contrat commutatif n'est pas une cause de nullité, hormis le cas où la loi admet la rescision du contrat pour cause de lésion”.

74 J. Huet, “Propos amers sur la directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives”, JCPE 1994, I, 309, n. 1.

75 Dentro de los debates suscitados al interior de la Unión Europea respecto de la viabilidad y conveniencia de construir un derecho europeo de contratos, en Francia la Association Henri Capitant y la Société de Législation Comparée se unieron para analizar esta temática. De esta manera, en 2008 publicaron dos volúmenes titulados *Terminologie contractuelle commune* y *Principes contractuels communs*, bajo la dirección académica de los profesores G. Wicker y J.-B. Racine. Véase en tal sentido G. Wicker, *Principes contractuels communs, Projet de Cadre commun de référence*, op. cit.

76 *Ibid.*, p. 367.

77 *Idem*.

Por otra parte, la referencia al carácter contrario “a las exigencias de la buena fe” podría conducir a admitir que un desequilibrio significativo es, en ocasiones, legítimo.⁷⁸ En dirección contraria, los PCC encuentran preferible precisar las hipótesis en las cuales tal desequilibrio será legítimo.⁷⁹ Sin embargo, se considera más conveniente, desde el punto de vista técnico-jurídico, seguir en este punto al anteproyecto de reforma al derecho francés de obligaciones, que se abstiene de proferir la menor referencia a la buena fe. En efecto, esta solución permite superar las dificultades generadas a raíz de cualquier esfuerzo de precisión de las situaciones de “déséquilibre manifestement excessif, mais nonobstant légitime” (desequilibrio manifiestamente excesivo, no obstante legítimo), las cuales parecieran desconocer en su esencia misma el principio de proporcionalidad contractual.⁸⁰

Sin embargo, la problemática no ha sido superada, al menos de una manera integral. En efecto, entre los criterios formulados por el derecho comparado para calificar una cláusula como abusiva, es en realidad el equilibrio contractual lo que los legisladores procuran restablecer, ajustando las relaciones contractuales bajo la etiqueta de la lealtad.⁸¹

De esta manera, es la comparación entre los derechos y las obligaciones de las partes la que permitirá determinar si la relación contractual está o no equilibrada,

78 *Idem*, p. 369.

79 *Idem*. Sin embargo, los PCC se abstienen de precisar tales hipótesis de *déséquilibre légitime*. En efecto, su artículo 4:209 contiene el siguiente texto: “Clauses abusives (*Article 4:110 PDEC modifié*). (1) La clause qui, contrairement aux exigences de la bonne foi, crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties est nulle, ou peut être révisée à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée, lorsque:
(a) elle n’a pas été l’objet d’une négociation individuelle,
(b) ou que la loi protège spécialement ce contractant, notamment en raison de sa qualité de consommateur.
(2) Le présent article ne s’applique pas:
(a) à une clause qui définit l’objet principal du contrat, pour autant que la clause est rédigée de façon claire et compréhensible,
(b) ni à l’adéquation entre la valeur respective des prestations à fournir par les parties”.

80 En Europa viene gestándose una radical renovación del derecho de contratos mediante la consagración de nuevos principios del régimen contractual. De esta manera, hoy en el viejo continente se habla del principio de igualdad contractual, con sus dimensiones formal y material, en aras de garantizar una equivalencia en el consentimiento y la fuerza de voluntad entre las partes contratantes. Igualmente, la constatación de que frecuentemente las partes que detentan una posición negocial dominante la aprovechan para imponer a su contraparte más débil condiciones leoninas ha conducido a la doctrina europea a un debate en torno a un principio de equilibrio contractual, igualmente denominado principio de proporcionalidad, el cual, ante todo, sancionaría cualquier exceso de la libertad contractual. V. gr. en la doctrina francesa L. Fin-Langer, “L’équilibre contractuel”, LGDJ, 2002; S. Legac-Pech, “La proportionnalité en droit privé des contrats”, LGDJ, 2000; M. Behar-Touchais, “Rapport introductif. Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé?”, en *PA*, 30 sept. 1998, pp. 3 ss.; D. Mazeaud, “Le principe de proportionnalité et la formation du contrat”, en *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé?*, *PA*, 30 sept. 1998, n. 117 ss.; N. Molfessis, “Le principe de proportionnalité et l’exécution du contrat”, en *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé?*, *PA* 30 sept. 1998, pp. 21 ss. En futuros trabajos, aspiramos a explicar de manera más detallada el principio de proporcionalidad contractual, así como su tratamiento en la normatividad y jurisprudencia nacionales.

81 E. Poillot, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, op. cit., n. 271, p. 138.

criterio que a su vez reenvía a la idea de un justo equilibrio de contraprestaciones.⁸² Sin embargo, la noción de equilibrio contractual es extremadamente difícil de determinar. La doctrina ha mostrado que uno de los problemas del llamado equilibrio contractual es su generalidad y su posible despliegue en reglas diversas.⁸³

3. CONCLUSIÓN: APORTES DEL DERECHO EUROPEO PARA LA CARACTERIZACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL DERECHO COLOMBIANO

El ordenamiento colombiano, influenciado por la normatividad, la jurisprudencia y la doctrina de los países europeos, retiene como criterio primario para la caracterización de las cláusulas abusivas la noción de desequilibrio significativo, a su vez vinculada al ideario de equilibrio contractual.

Si el desequilibrio significativo puede entenderse como un defecto de proporción, es necesario conferirle al juez un mecanismo de constatación de la supuesta desproporción.⁸⁴ Este instrumento de verificación de la violación del equilibrio contractual es particularmente necesario en la medida en que toda desproporción no es fatal para el equilibrio contractual. En este sentido, el derecho comparado ha reconocido que el desequilibrio a secas no es criterio suficiente para la caracterización del abuso. Se requiere un desequilibrio significativo, de esta manera se rechaza una acepción demasiado objetiva de la proporcionalidad.⁸⁵

La interpretación del equilibrio contractual deberá examinarse a la luz de la proporcionalidad de los derechos y las obligaciones de las partes. Con la finalidad de superar la mencionada problemática, tendremos que apoyarnos en otras constataciones,⁸⁶ que identifican dos criterios fundamentales para apreciar el mencionado equilibrio contractual: i) un equilibrio de prestaciones subjetivo, es decir una equivalencia en la satisfacción de los intereses en presencia y los ries-

82 L. Villegas, "Les clauses abusives dans le contrat d'assurance", Université Aix en Provence, 1998; O. Carmet "Réflexions sur les clauses abusives au sens de la loi n 78-23 du 10 janvier 1978", en *RTD. Co.* 1982; B. Fauvarque-Cosson, "Vers une réforme du droit anglais des clauses abusives, le rapport 'Unfair Terms in Contracts' des Law Commissions anglaises et écossaises", *RDC*, juill. 2005, pp. 91 ss.; J. Ghestin, "Rapport introductif", en *Les clauses abusives entre professionnels*, dir. Ch. Jamin y D. Mazeaud, *Economica*, 1998, pp. 3 ss.; E. Hondius, "Regard sur le droit comparé", en *Les clauses abusives entre professionnels*, dir. Ch. Jamin et D. Mazeaud, *Economica*, 1998, pp. 110 ss.; X. Lagarde, "Qu'est-ce qu'une clause abusive ?", *JCP*, 2006, I, 110; I. Lamberterie de, A. Rieg, D. Tallon, "Rapport général", *op. cit.*, pp. 1059 ss.; D. Mazeaud, "La protection par le droit commun", en *Les clauses abusives entre professionnels*, *Economica*, 1998, pp. 33 ss.

83 L. Fin-Langer, "L'équilibre contractuel", *op. cit.*, n 752 ss.

84 E. Poillot, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, *op. cit.*, n 530, p. 241.

85 Punto confirmado por la directiva 93/13/CE, artículo 4 § 2 en los términos de la cual "La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensibles".

86 Ph. Stoffel-Munck, "L'abus dans le contrat, essai d'une théorie", *op. cit.*, n 364, p. 308.

gos asumidos,⁸⁷ o ii) bien un equilibrio apreciado únicamente sobre el criterio de la equivalencia de las prestaciones, es decir de un equilibrio apreciado de manera objetiva.⁸⁸ Así las cosas, en el caso del derecho colombiano, la cuestión será determinar cuál criterio, subjetivo u objetivo, es el más concordante con el espíritu de nuestro sistema jurídico.

Es menester recordar que el equilibrio subjetivo, entendido como “asunto de las partes”,⁸⁹ debería quedar salvaguardado una vez que el contratante haya lúcidamente aceptado las condiciones del acuerdo. De esta manera, una vez que la voluntad quede garantizada, el contrato estará —subjetivamente hablando— equilibrado y ninguna de las partes podrá cuestionar la fuerza obligatoria de la convención. La equivalencia objetiva, por el contrario, es asunto que atañe exclusivamente al juez, cuyo punto de vista determinará si el contrato ha sido efectivamente equilibrado al momento de su formación con independencia de la visión de las partes.⁹⁰

Desde una perspectiva nacional, donde nuestra norma de normas —la Constitución Política— impone una especial protección al consumidor y, en general, a la parte débil del contrato,⁹¹ se verifican claramente las bondades de la concepción objetiva del equilibrio contractual.⁹² En este sentido, la doctrina francesa considera que la voluntad del consumidor no es libre debido a que al profesional no le deja más opciones que la de abstenerse de contratar o la de someterse a sus condiciones.⁹³

Igualmente, conviene resaltar que el derecho comparado se preocupa de la vulneración del equilibrio contractual solamente cuando aquella es significativa. De esta manera, debemos preguntarnos acerca de la significación del susodicho “desequilibrio significativo”. En francés, el término *significatif* tiene el sentido de lo “que significa claramente, que expresa claramente”,⁹⁴ o bien “indispensable a la representación de una grandeza numérica”,⁹⁵ e incluso “lo que informa sobre

87 L. Grynbaum, “Le contrat contingent. L’adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur”, LGDJ, 2004, n. 43.

88 E. Poillot, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, op. cit., n. 273, p. 138.

89 Expresión original, *ressort des parties*. Ph. Stoffel-Munck, “L’abus dans le contrat, essai d’une théorie”, op. cit., n. 364, p. 308.

90 *Idem*.

91 Véanse en tal sentido las sentencias C-332/00 y C-332/01.

92 Cfr. F. Leclerc, “La protection de la partie faible dans les contrats internationaux, étude de conflits de lois”, Bruylant, 1995; M. Fontaine, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges*, Paris, 1996; Adde. O. Litty, “Inégalité des parties et durée du contrat. Étude de quatre contrats d’adhésion usuels”, LGDJ, 1999; *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, dir. J. Ghestin y M. Fontaine, LGDJ, 1996. Contra E. Poillot, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, op. cit., n. 281, p. 140, quien considera que la concepción comparatista del desequilibrio significativo conduce a descartar toda apreciación exclusivamente objetiva de la desproporción.

93 Ph. Stoffel-Munck, “L’abus dans le contrat, essai d’une théorie”, op. cit., n. 365.

94 *Le nouveau petit Robert*, Dictionnaire alphabétique de la langue française, v. “Significatif”.

95 *Idem*.

algo, que confirma una opinión”.⁹⁶ Se puede, entonces, constatar la dificultad para caracterizar una cláusula abusiva basándose en tales definiciones.⁹⁷ De esta manera, resulta interesante consultar otras versiones lingüísticas con el fin de aprehender el verdadero significado de la expresión “desequilibrio significativo”.

El derecho italiano emplea el término “significativo”, que corresponde al mismo término en castellano. Por el contrario, los sistemas jurídicos inglés y español emplean los términos “significant” e “importante”, equivalentes al vocablo francés “important”. Adicionalmente, el derecho alemán establece que una cláusula será abusiva en los casos de “*erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis*”, es decir, de *desproporción considerable e injustificada* entre los derechos y las obligaciones de las partes.⁹⁸ Esta concepción de la ruptura del equilibrio contractual se torna más didáctica y comprensible que la del desequilibrio significativo,⁹⁹ y conduce con facilidad a un análisis de la *proporción entre los derechos y las obligaciones de las partes* y, en consecuencia, al principio contractual de proporcionalidad, que en Colombia ostenta rango constitucional.¹⁰⁰

En síntesis, a la luz de las ideas anteriores, para establecer si una cláusula es o no abusiva, el juez debería analizar la naturaleza de la convención, su contenido, las circunstancias de su formación, así como de su ejecución.¹⁰¹ Este criterio de análisis del vínculo contractual es descrito por la doctrina francesa como la “economía del contrato”.¹⁰² De esta manera, surgen los elementos necesarios para controlar la proporcionalidad de los derechos y las obligaciones de las partes en los contratos. En consecuencia, la cláusula desequilibrada, así sea clara en su expresión, para nada obliga a la víctima del abuso, solución diversa a la establecida en eventos de

96 *Idem*. Expresiones originales: “qui signifie clairement, qui exprime clairement, indispensable à la représentation d’une grandeur numérique, qui renseigne sur quelque chose, qui confirme une opinion”.

97 E. Poillot, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, op. cit., n. 279, p. 140.

98 G. Wicker, “Le Cadre commun de référence, La convergence des droits, 3e forum franco-allemand”, en *Colloque organisé par la Fondation pour le droit continental*, Paris, diciembre, 2008; M. Pedamon, *Le contrat en droit allemand*, Paris, LGDJ, 2004; U. Babusiaux, “L’influence des instruments internationaux d’uniformisation du droit sur le nouveau droit allemand général des troubles de l’exécution du contrat”, en *La réforme du droit allemand des obligations*, Colloque du 31 mai 2002, dir. C. Witz y F. Rainieri, 2004, p. 165 ss.; B. Dauner-Lieb, “Vers un droit européen des obligations ? Enseignements tirés de la réforme allemande du droit des obligations”, en *RIDC* 2004, pp. 559 ss.; C. Burkardt, E. Chassard, “La réforme du droit des obligations allemand, la refonte du Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)”, en *RAI* 2002, pp. 211 ss.; V. Laserre-Kiesow, “La technique législative, étude sur les Codes civils français et allemand”, thèse remaniée, LGDJ, 2002, pp. 103 ss.; B. Jaluzot, “La bonne foi dans les contrats. Étude comparative des droits français, allemand et japonais”, Paris, 2001, pp. 36 ss.; F. Ferrand, *Droit privé allemand*, Précis Dalloz, 1997, pp. 76 ss.; C. Witz, *Droit privé allemand. 1. Actes juridiques, droits subjectifs*, Litec, 1992, pp. 53 ss.

99 Siguiendo el análisis de E. Poillot, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, op. cit., n. 280, p. 140.

100 CP, artículos 95, n. 1 y 333.

101 D. Phillippe, “Changement de circonstances et bouleversement de l’économie contractuelle”, Bruxelles, Bruylant, 1986, p. 94.

102 Véanse *idem*; J. Mestre, “L’économie du contrat”, en *RTD civ.*, 1996, pp. 901 ss.; S. Le Gac-Pech, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Paris, 2000, n. 862 ss.; A. Zelcevic Duhamel, “La notion d’économie de contrat en droit privé”, en *JCP*, 2001, I, 300, pp. 423 ss.; L. Fin-Langer, “L’équilibre contractuel”, Paris, LGDJ, 2002, n. 233 ss.; S. Pimont, “L’économie du contrat”, 2004.

textos contractuales oscuros o incomprensibles, cuyo mecanismo de corrección se realiza a partir de la aplicación de la regla *contra proferentem* según la cual la interpretación de una cláusula ambigua debe efectuarse contra su redactor.¹⁰³

Desde esta perspectiva, si nos atenemos a la economía del contrato, una misma cláusula podría ser declarada o no abusiva según el contexto en el cual ella se inscriba. El juez, en este punto, tendría como referencia la aplicación del principio de equidad de la operación contractual, o bien, como lo sugieren algunos autores, debe concentrarse en apreciar cualitativamente la utilidad del contrato en referencia a un modelo, aprovechando en este punto la tendencia de estandarización de los contratos.¹⁰⁴ Ambas soluciones no son necesariamente excluyentes y pueden aplicarse de manera complementaria.

PRINCIPALES ABREVIATURAS

ABGB	<i>Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Código civil austriaco)
<i>Adde</i>	<i>Addendum</i> , añadir
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Código civil alemán)
BGBL	<i>Bundesgesetzblatt</i> (Boletín oficial federal alemán)
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i> (Corte federal alemana de justicia)
BGHZ	<i>Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen</i> (compilación de fallos proferidos por la Corte federal alemana de justicia en materia civil)
BW	<i>Burgerlijk Wetboek</i> (Código civil holandés)
C. civ.	Código civil (Bélgica, Colombia, España, Francia, Italia, Luxemburgo, Portugal, Suiza)
CEE	Comunidad Económica Europea
C. cons.	<i>Code de la consommation</i> (Francia)
Chron.	<i>Chronique</i> (Crónica francesa)
Civ. 1 ^{re}	<i>Première Chambre Civile de la Cour de Cassation</i> (Francia)
<i>Contr. conc., consom.</i>	<i>Contrats, concurrence, consommation</i> (revista francesa)
CP	Constitución Política colombiana
D.	<i>Recueil Dalloz</i> (Revista francesa)

103 Artículo 1624 C. Civ. Col.; E. Poillot, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, *op. cit.*, n. 282, p. 141. Cfr. la ordenanza francesa del 23 de agosto de 2001, la cual dentro del objetivo de evitar “un contentieux inutile” con las autoridades comunitarias, ha añadido la siguiente precisión: “pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible” (siempre que las cláusulas hayan sido redactadas de manera clara y comprensibles). Dicho en otros términos, en Francia la técnica de las cláusulas abusivas podrá ser utilizada si tales estipulaciones son oscuras. Sin embargo, no es evidente que con tal cambio se verifique un progreso: emplear la técnica de las cláusulas abusivas para erradicar las cláusulas oscuras, sencillamente es confundir géneros distintos (véase en este sentido S. Gaudement, “La clause réputée non écrite”, *thèse Paris II*, ed. 2006, n. 431; X. Lagarde, “Qu’est-ce qu’une clause abusive?”, *JCP*, 2006.I.110).

104 J. Rochfeld, “Cause et type de contrat”, *th. Paris I*, ed. 1999, n. 463.

<i>Defr.</i>	<i>Répertoire du notariat Defrénois</i> (Revista francesa)
Gaz. Pal.	<i>Gazette du Palais</i> (Publicación francesa)
JCP	<i>Juris-classeur périodique</i> (La Semaine Juridique, revista francesa)
JCPE	<i>Juris-classeur périodique édition Entreprises</i> (revista francesa)
JO	<i>Journal officiel de la République française</i>
JOAN	<i>Journal officiel des Débats parlementaires</i> (Francia)
JOCE	<i>Journal officiel des Communautés européennes</i>
LGDJ	<i>Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence</i> (editorial francesa)
NJW	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i> (revista jurídica alemana)
PA	<i>Petites Affiches</i> (revista francesa)
PCC	<i>Principes Contractuels Communs</i> (Proyecto de marco común de referencia)
PDEC	Principios del Derecho Europeo de Contratos
PUAM	<i>Presses Universitaires d'Aix-Marseille</i> (editorial francesa)
PUF	<i>Presses Universitaires de France</i> (editorial francesa)
rappr.	Acercar
RDC	<i>Revue des Contrats</i>
REDI	<i>Revue de droit immobilier</i>
REDC	<i>Revue Européenne du Droit de la Consommation</i>
RIDC	<i>Revue Internationale de Droit Comparé</i>
RTD civ.	<i>Revue trimestrielle de Droit Civil</i>
RTD co.	<i>Revue trimestrielle de Droit Commercial</i>
SLC	<i>Société de Législation Comparée</i>
somm.	<i>Sommaire</i>
th.	Tesis

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Bazin, E., “La nouvelle protection contre les clauses abusives”, *Rev. Huissiers*, 1995.
- Beauchard, J., “Remarques sur le code de la consommation”, en *Mélanges Cornu*, PUF, 1994.
- Behar-Touchais, M., “Rapport introductif. Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?”, en *PA*, 30 sept. 1998.
- Black, A., “Undue Influence and Unconscionability in Contracts and the Equitable Remedy of Rescission in Canada”, en *New England Journal of International and Comparative Law*, 17 (47), 2011.

- Bourgoigne, Th.-M., “Les clauses abusives et le concept d’unconscionability en droit américain”, *Rev. dr. int. et dr. comp.*, Bruxelles, 1977.
- Calais-Auloy, J., “Les actions en justice des associations de consommateurs”, D. 1988, Chron. 193.
- Capitant, H., F. Terre, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, obligations –contrats spéciaux*, Paris, 2000, t. 2.
- Carmet, O., “Réflexions sur les clauses abusives au sens de la loi du 19 janvier 1978”, *RTD civ.* 1982.1.
- Chartier, Y., “La réforme de la commission des clauses abusives”, *JCP*, 1993, actual. 15.
- Danglehant, C. “Commentaire de la loi n 95-96 du 1^{er} février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats”, *ALD* 1995, comm. légis. s.
- De Matos, A. “Les contrats transfrontières conclus par les consommateurs au sein de l’Union européenne”, *PUAM*, 2001, n 573 s.
- Esperiquette, M., “La législation communautaire des contrats conclus avec les consommateurs”, *Contr. conc., consom. nov.-déc.* 1993.
- Fin-Langer, L., “L’équilibre contractuel”, *LGDJ*, 2002.
- Flour, J., J.-L. Aubert, E. Savaux, *Les Obligations*, 1. *L’acte juridique*, 15^e éd., 2012, par J.-L. Aubert y E. Savaux.
- Gaudement, S., “La clause réputée non écrite”, thèse Paris II, 2006.
- Ghestin, J., I. Marchessaux-Van Melle, “L’élimination des clauses abusives en droit français à l’épreuve du droit communautaire”, *REDC* 1993.
- Ghestin, J., I. Marchessaux-Van Melle, “Aperçu rapide sur la loi n 95-96 du 1^{er} février 1995 en ce qu’elle concerne les clauses abusives et la présentation des contrats”, *JCP*, 1995, n 12.
- Ghestin, J., I. Marchessaux-Van Melle, “L’application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l’adoption de la loi n 95-96 du 1^{er} février 1995”, *JCP*, 1995, ed. G., I, 3854 y ed. E., I, 481 s.
- Gridel, J.-P., “Remarques de principe sur l’article 35 de la loi du 10 janvier 1978”, *D.* 1984, Chron. 185.
- Gual, J., “El control sobre las cláusulas abusivas, un régimen en evolución”, *en Revista Iusta*, 30 (2009).
- Huet, J., “Propos amers sur la directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives”, *JCPE*, 1994, I, 309, n 1.
- Huet, J., “Les hauts et les bas de la protection contre les clauses abusives”, *JCP*, 1992, II, 3592.
- Jiménez, F., *Teoría del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá, Legis, 2015.

- Josserand, L., "La thèse de l'abus des droits appliquée à l'interprétation des clauses particulières d'un contrat", en *Revue générale des assurances et des responsabilités*, 1929.
- Karimi, A., "Les modifications des dispositions du code de la consommation concernant les clauses abusives par la loi n 95-96 du 1^{er} février 1995", *PA*, 1995, n 54.
- Karimi, A., "Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit", Paris, LGDJ, 2001, n 6.
- Lagarde, X., "Qu'est-ce qu'une clause abusive ?", *JCP*, 2006, I, 110.
- Lamberterie De, I., A. Rieg, D. Tallon, "Rapport général" en "Les clauses abusives et le consommateur", *RIDC*, juill.-déc. 1982.
- Lando, O., I. De Lamberterie, D. Tallon, C. Witz, «Principes du droit européen du contrat», Paris, SLC, 2003.
- Legac-Pech, S., "La proportionnalité en droit privé des contrats", *LGDJ*, 2000.
- Levasseur, A. (dir.), *Droit des États-Unis*, Dalloz, 1990.
- Mazeaud, D., "La loi du 1^{er} février 1995 relative aux clauses abusives : véritable réforme ou simple réformette ?", *Dr. et patrimoine* juin, 1995.
- Mazeaud, D., "Le principe de proportionnalité et la formation du contrat", en *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, *PA*, 1998, n 117.
- Meilhac-Redon, G., "Les clauses abusives à l'épreuve de l'harmonisation, étude comparative des droits français, anglais et allemands", th. dactyl., Lyon III, 2001.
- Mestre, J., "L'économie du contrat", en *RTD civ.*, 1996.
- Molfessis, N., "Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat", en *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, *PA*, 1998.
- Paisant, G., "Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives", *D.* 1988, *Chron.* 253.
- Paisant, G., "Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n 95-96 du 1^{er} février 1995", *D.* 1995, *Chron.* 99.
- Paisant, G., "Propositions pour une réforme du droit des clauses abusives", *JCP*, 1994, I, 3773.
- Petit, E., "Clauses abusives, présentation et interprétation des contrats – transposition de la directive communautaire : la loi du 1^{er} février 1995", *RED consom.*, 1995.
- Pizzio, J.-P., "Code de la consommation commenté", Montchrestien, 1995.
- Poillot, E., *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, Paris, LGDJ, 2006.
- Rochfeld, J., "Cause et type de contrat", th. Paris I, ed. 1999.

- Sage, F., "Le droit français au regard de la directive 93/13 du conseil des communautés européennes du 5 avril 1993", *Gaz. Pal.* 28 y 29 oct. 1994.
- Stoffel-Munck, Ph., "L'abus dans le contrat, essai d'une théorie", LGDJ, 2000.
- Tenreiro, M., "Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs", *Contr. conc., consom.*, 1993, chron. 7.
- Terré, F., P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2013.
- Viney, G., "Un pas vers l'assainissement des pratiques contractuelles", *JCP*, 1988, ed. G., I, 3355.
- Weil, K.-G., F. Puis, "Le droit allemand des conditions générales d'affaires revu et corrigé par la directive communautaire relative aux clauses abusives", *RIDC*, 1994.
- Wicker, G., *Principes contractuels communs, Projet de Cadre commun de référence* (dir. en collaboration avec B. Fauvarque-Cosson, D. Mazeaud y J.-B. Racine), SLC, 2008.
- Wilhelmsson, T., "La proposition de directive sur les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs – une perspective nordique", *REDC*, 1992.
- Wittaker, S., "Clauses abusives et garanties des consommateurs", *D.* 2009, 1152.
- Zelcevic Duhamel, A. "La notion d'économie de contrat en droit privé", en *JCP*, 2001, I, 300.

Jurisprudencia

- CSJ, Sala de Casación Civil, sentencia del 2 de febrero de 2001, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo.
- Sentencia C-332/01.
- Sentencia C-1141/00.
- Sentencia C-491/00.
- Sentencia C-332/00.
- Sentencia C-083/95.
- Sentencia C-224/94.
- Sentencia T-406/92.
- Civ. 1^{re}, 14 mai 1991, d. 1991.449, note J. Ghestin, *D.* 1991. Somm. 320, obs. J.-L. Aubert, *JCP* 1991.II.21763 note G. Paisant, *Contr. conc., consom.* 1991, n 160, obs. L. Leveneur, *Defr.* 1991. 1268, obs. J.-L. Aubert, *RTD civ.* 1991.52, obs. J. Mestre.